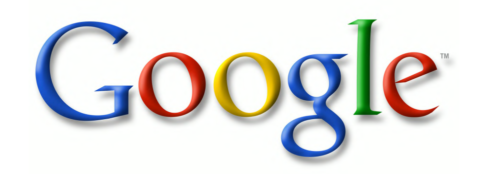
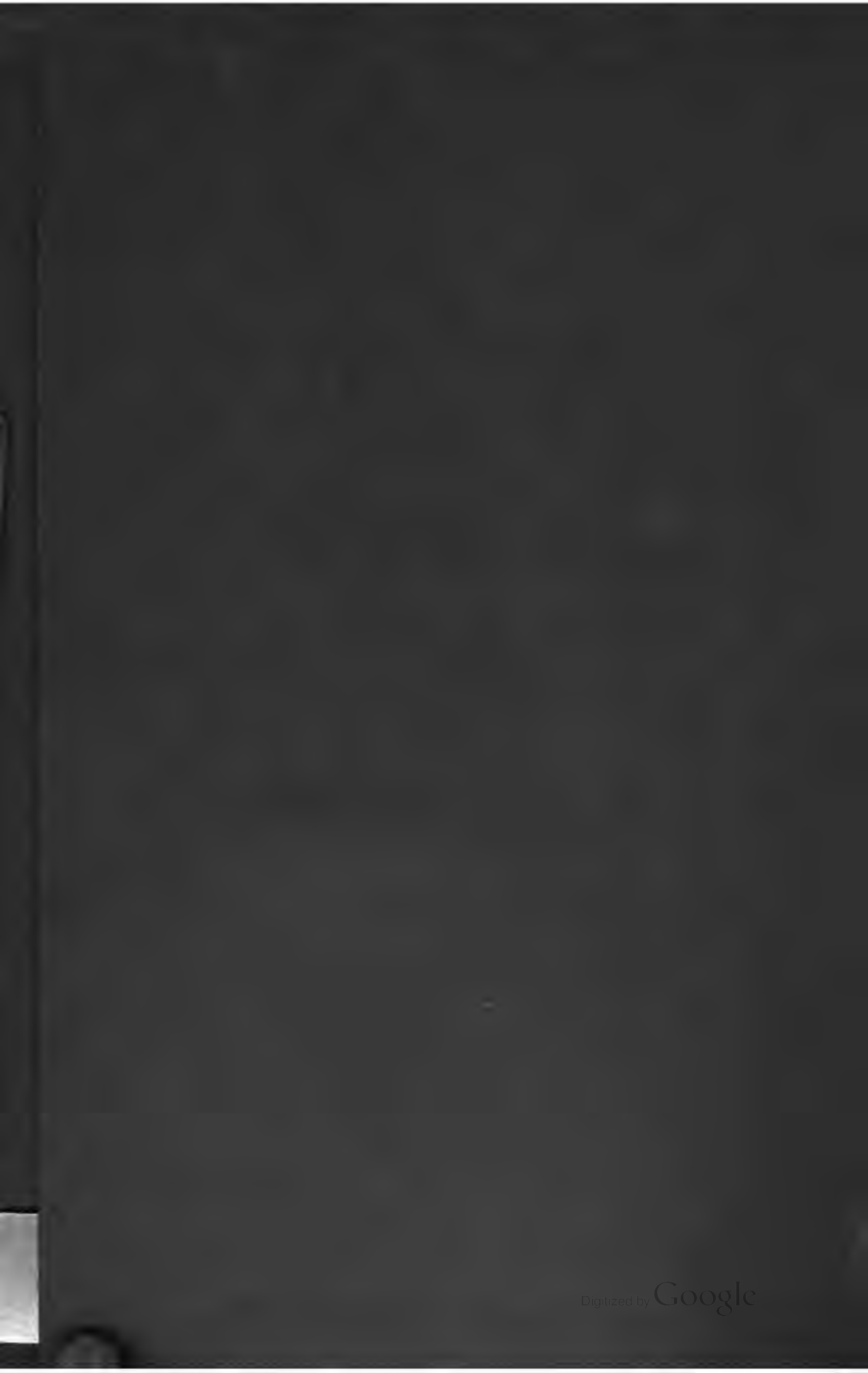




Rechtsgeschäft, Bedingung

und

Anfangstermin.

Von

Dr. Ludwig Enneccerus,
ordentlichem Professor der Rechte zu Marburg.

Erste Abtheilung:

Die Grundlagen.

Marburg.
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.
1888.

§. 1. Einleitung.

Aufgabe und Anordnung.

Der Werth monographischer Darstellung einer bestimmten Lehre beschränkt sich nicht auf diese allein. Die gefundenen Resultate ordnen sich verwandten Gebieten der Wissenschaft ein, geben Gelegenheit zu Vergleichungen, Fingerzeige zu Berichtigungen und bilden neue Factoren, aus deren Verbindung mit anderen durch Induction allgemeinere Begriffe oder Principien gefunden, umfassendere Anschauungen oder erklärende Theorien entwickelt werden können. Der Gewinn aber, den so das höhere Princip, der umfassendere Begriff, die Gesammtanschauung oder Theorie erhalten, wird von diesen reichlich zurückgezahlt; denn sie gestatten die Rückprüfung, wie das Allgemeine sich im Einzelnen offenbart, sie bestätigen, berichtigen und erklären die Resultate der Einzelforschung, unter Umständen erlauben sie auch werthvolle Schlüsse auf zweifelhaft oder ungewiß gebliebene Einzelpunkte und bestimmen zu dem für neue Forschung die Stellung der Frage.

Oft vollzieht sich diese inductive und wieder deductive Thätigkeit, dieses Aufsteigen von der einzelnen Lehre zum Allgemeineren und das Zurückschließen vom Allgemeineren auf die besondere Lehre ohne alle Schwierigkeit, weil verwandte Gebiete und das höhere Princip genügend bekannt sind und der Zusammenhang leicht übersehbar. Dann genügen der monographischen Behandlung gelegent-

Rechtsgeschäft, Bedingung

und

Anfangstermin.

Von

Dr. Ludwig Enneccerus,
ordentlichem Professor der Rechte zu Marburg.

Erste Abtheilung:

Die Grundlagen.

Marburg.
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.
1888.

§. 1. Einleitung.

Aufgabe und Anordnung.

Der Werth monographischer Darstellung einer bestimmten Lehre beschränkt sich nicht auf diese allein. Die gefundenen Resultate ordnen sich verwandten Gebieten der Wissenschaft ein, geben Gelegenheit zu Vergleichungen, Fingerzeige zu Berichtigungen und bilden neue Factoren, aus deren Verbindung mit anderen durch Induction allgemeinere Begriffe oder Principien gefunden, umfassendere Anschauungen oder erklärende Theorien entwickelt werden können. Der Gewinn aber, den so das höhere Princip, der umfassendere Begriff, die Gesammtanschauung oder Theorie erhalten, wird von diesen reichlich zurückgezahlt; denn sie gestatten die Rückprüfung, wie das Allgemeine sich im Einzelnen offenbart, sie bestätigen, berichtigen und erklären die Resultate der Einzelforschung, unter Umständen erlauben sie auch werthvolle Schlüsse auf zweifelhaft oder ungewiß gebliebene Einzelpunkte und bestimmen zu dem für neue Forschung die Stellung der Frage.

Oft vollzieht sich diese inductive und wieder deductive Thätigkeit, dieses Aufsteigen von der einzelnen Lehre zum Allgemeineren und das Zurückschließen vom Allgemeineren auf die besondere Lehre ohne alle Schwierigkeit, weil verwandte Gebiete und das höhere Princip genügend bekannt sind und der Zusammenhang leicht übersehbar. Dann genügen der monographischen Behandlung gelegent-

liche Hinweise. Oft aber sind auch jene verwandten Lehren nicht oder nur ungenügend entwickelt, das allgemeinere Princip oder der höhere Begriff nicht, oder nicht mit genügender Schärfe erkannt oder zweifelhaft. Dann wird die monographische Darstellung, wenn sie zu voller Befriedigung führen will, auch jenen weiteren Rahmen hier stärker, dort schwächer mit beleuchten müssen, wie es der Zusammenhang des Ganzen oder die Ungewißheit des einzelnen Punktes erfordert.

In hohem Maße trifft das Letztere bei der monographischen Behandlung des befristeten und bedingten Rechtsgeschäftes zu. Die Erörterung der Wirkungen desselben fordert geradezu heraus zu der allgemeineren Frage nach dem zeitlichen Verhältniß des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkung: „Kann nach römischem Recht [1]) die Wirkung von dem Abschluß temporär getrennt sein und wie ist das Rechtsverhältniß in der (wirklichen oder vermeintlichen) Zwischenzeit aufzufassen?" und diese Frage ist bisher zwar häufig in der einen oder andern Beziehung gestreift; aber niemals auch nur mit einiger Vollständigkeit entwickelt.

Unterziehen wir uns aber dieser Prüfung, so werden wir genöthigt wieder auf ein Höheres, das Verhältniß des Willens zur Wirkung überhaupt einzugehen: „Ist der Wille im römischen Recht als Ursache der Rechtswirkung betrachtet, und welche praktischen Erscheinungen resultiren daraus?" und diese Frage zwingt uns den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens und die Nothwendigkeit desselben für die Gültigkeit des Geschäftes zu betrachten. Von anderer Seite führt auch die begriffliche Betrachtung des bedingten Geschäftes auf die Voraussetzungen des Rechtsgeschäftsbegriffes zurück, indem namentlich die Nichtigkeit des Geschäftes bei ausfallender Bedingung die Frage anregt, ob der Geschäftsbegriff das Eintreten der gewollten Rechtswirkung erfordere.

[1]) Es handelt sich nicht um eine Frage logischer Nothwendigkeit, sondern des positiven Rechts.

Da nun gerade nach den erwähnten Richtungen in der Neuzeit auf den noch vor 15 Jahren vollkommen fest erscheinenden herrschenden Begriff des Rechtsgeschäfts zahlreiche Angriffe erfolgt sind, würde selbst ein von der Unrichtigkeit derselben Ueberzeugter bei einer Betrachtung der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte kaum stillschweigend an dem allgemeinen Geschäftsbegriff vorüber gehen können, um so weniger aber der Verfasser dieser Abhandlung, da derselbe glaubt, daß jene Angriffe, obgleich nach jeder Richtung zu weit gehend, und die Hauptgrundlage der herrschenden Lehre nicht erschütternd, doch nicht unwichtige Modificationen derselben nöthig machen, auch eine Anzahl von Fragen berührt und zur Lösung vorbereitet haben, deren richtige Beantwortung die Erkenntniß des Wesens und der Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte wesentlich erleichtert und vertieft.

Es wird daher den Lehren über Bedingung und Befristung eine theilweise Erörterung des Rechtsgeschäftsbegriffs voranzustellen sein, welche den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens, die Nothwendigkeit dieses Willens und des Eintritts der gewollten Folge für den Bestand des Geschäftes, den ursächlichen Zusammenhang beider, und die Natur der Geschäftswirkung umfaßt. Die so gewonnenen Resultate wird einerseits die zunächst folgende begriffliche Behandlung des bedingten und befristeten Rechtsgeschäfts, andererseits aber auch die alsdann sich anschließende Prüfung des zeitlichen Verhältnisses zwischen Rechtsgeschäft und Wirkung benutzen, welche wieder die Grundlage für das Verständniß der Wirkungen bedingter und befristeter Geschäfte bildet.

In diese „Grundlagen", welche die erste Abtheilung dieser Abhandlung bilden, sind sodann die in der zweiten Abtheilung zu besprechenden Wirkungen der bedingten und befristeten Geschäfte einzuordnen; aber sie sind nicht etwa nur deductiv aus dem allgemeinen Resultaten zu schließen, sondern zugleich und hauptsächlich aus den Aussprüchen der Quellen und namentlich den zahlreichen

Entscheidungen von Einzelwirkungen zu entwickeln. Auf diese Weise wird die Bedingungs= und Befristungslehre zwar aus der Lehre des größeren Ganzen, des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkungen, erklärt — gleichwie ein Theil eines Bauwerkes nur in seinem Zusammenhange mit dem Ganzen seine volle Erklärung und Würdigung finden kann — aber sie bleibt doch in sich selbst fest gegründet, so daß sie nicht nur von dem Ganzen getragen wird, sondern auch diesem wieder zur wesentlichen Stütze und Bestätigung dient.

Erste Abtheilung.

Die Grundlagen.

Erster Abschnitt.

Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung.

I. Das Wollen von Rechtsfolgen.

§. 2. 1) Inhalt des Wollens überhaupt [1]).

Der Willen oder der Act des Wollens — nur von diesem, nicht von dem Willen als der Fähigkeit zu wollen, ist hier die Rede — läßt sich in seinem Wesen nicht durch die Zurückführung auf andre geistige Functionen begreifen. Es ist „so einfach eine Grunderschei-

1) Hier ist vor Allem die vortreffliche Untersuchung Sigwart's „der Begriff des Wollens und sein Verhältniß zum Begriff der Ursache" Kleine Schriften II. S. 115 ff. zu vergleichen, welche mir erst nach Fertigstellung dieses Abschnittes zur Kenntniß gelangt ist. Da die folgende Darstellung sich zwar in den Resultaten großentheils mit Sigwart's Arbeit berührt, aber in der Begründung (wie in dem ganzen Gange der Entwicklung) fast durchweg von derselben unterscheidet, so habe ich den Text unverändert gelassen und auf Sigwart's zu gleichen Resultaten führende Argumente in den Anmerkungen hingedeutet.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Rechtsgeschäft, Bedingung

und

Anfangstermin.

Von

Dr. Ludwig Enneccerus,
orbentlichem Professor der Rechte zu Marburg.

Erste Abtheilung:
Die Grundlagen.

Marburg.
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.
1888.

§. 1. Einleitung.

Aufgabe und Anordnung.

Der Werth monographischer Darstellung einer bestimmten Lehre beschränkt sich nicht auf diese allein. Die gefundenen Resultate ordnen sich verwandten Gebieten der Wissenschaft ein, geben Gelegenheit zu Vergleichungen, Fingerzeige zu Berichtigungen und bilden neue Factoren, aus deren Verbindung mit anderen durch Induction allgemeinere Begriffe oder Principien gefunden, umfassendere Anschauungen oder erklärende Theorien entwickelt werden können. Der Gewinn aber, den so das höhere Princip, der umfassendere Begriff, die Gesammtanschauung oder Theorie erhalten, wird von diesen reichlich zurückgezahlt; denn sie gestatten die Rückprüfung, wie das Allgemeine sich im Einzelnen offenbart, sie bestätigen, berichtigen und erklären die Resultate der Einzelforschung, unter Umständen erlauben sie auch werthvolle Schlüsse auf zweifelhaft oder ungewiß gebliebene Einzelpunkte und bestimmen zu dem für neue Forschung die Stellung der Frage.

Oft vollzieht sich diese inductive und wieder deductive Thätigkeit, dieses Aufsteigen von der einzelnen Lehre zum Allgemeineren und das Zurückschließen vom Allgemeineren auf die besondere Lehre ohne alle Schwierigkeit, weil verwandte Gebiete und das höhere Princip genügend bekannt sind und der Zusammenhang leicht übersehbar. Dann genügen der monographischen Behandlung gelegent-

liche Hinweise. Oft aber sind auch jene verwandten Lehren nicht oder nur ungenügend entwickelt, das allgemeinere Princip oder der höhere Begriff nicht, oder nicht mit genügender Schärfe erkannt oder zweifelhaft. Dann wird die monographische Darstellung, wenn sie zu voller Befriedigung führen will, auch jenen weiteren Rahmen hier stärker, dort schwächer mit beleuchten müssen, wie es der Zusammenhang des Ganzen oder die Ungewißheit des einzelnen Punktes erfordert.

In hohem Maße trifft das Letztere bei der monographischen Behandlung des befristeten und bedingten Rechtsgeschäftes zu. Die Erörterung der Wirkungen desselben fordert geradezu heraus zu der allgemeineren Frage nach dem zeitlichen Verhältniß des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkung: „Kann nach römischem Recht [1]) die Wirkung von dem Abschluß temporär getrennt sein und wie ist das Rechtsverhältniß in der (wirklichen oder vermeintlichen) Zwischenzeit aufzufassen?" und diese Frage ist bisher zwar häufig in der einen oder andern Beziehung gestreift; aber niemals auch nur mit einiger Vollständigkeit entwickelt.

Unterziehen wir uns aber dieser Prüfung, so werden wir genöthigt wieder auf ein Höheres, das Verhältniß des Willens zur Wirkung überhaupt einzugehen: „Ist der Wille im römischen Recht als Ursache der Rechtswirkung betrachtet, und welche praktischen Erscheinungen resultiren daraus?" und diese Frage zwingt uns den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens und die Nothwendigkeit desselben für die Gültigkeit des Geschäftes zu betrachten. Von anderer Seite führt auch die begriffliche Betrachtung des bedingten Geschäftes auf die Voraussetzungen des Rechtsgeschäftsbegriffes zurück, indem namentlich die Nichtigkeit des Geschäftes bei ausfallender Bedingung die Frage anregt, ob der Geschäftsbegriff das Eintreten der gewollten Rechtswirkung erfordere.

---

1) Es handelt sich nicht um eine Frage logischer Nothwendigkeit, sondern des positiven Rechts.

Da nun gerade nach den erwähnten Richtungen in der Neuzeit auf den noch vor 15 Jahren vollkommen fest erscheinenden herrschenden Begriff des Rechtsgeschäfts zahlreiche Angriffe erfolgt sind, würde selbst ein von der Unrichtigkeit derselben Ueberzeugter bei einer Betrachtung der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte kaum stillschweigend an dem allgemeinen Geschäftsbegriff vorüber gehen können, um so weniger aber der Verfasser dieser Abhandlung, da derselbe glaubt, daß jene Angriffe, obgleich nach jeder Richtung zu weit gehend, und die Hauptgrundlage der herrschenden Lehre nicht erschütternd, doch nicht unwichtige Modificationen derselben nöthig machen, auch eine Anzahl von Fragen berührt und zur Lösung vorbereitet haben, deren richtige Beantwortung die Erkenntniß des Wesens und der Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte wesentlich erleichtert und vertieft.

Es wird daher den Lehren über Bedingung und Befristung eine theilweise Erörterung des Rechtsgeschäftsbegriffs voranzustellen sein, welche den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens, die Nothwendigkeit dieses Willens und des Eintritts der gewollten Folge für den Bestand des Geschäftes, den ursächlichen Zusammenhang beider, und die Natur der Geschäftswirkung umfaßt. Die so gewonnenen Resultate wird einerseits die zunächst folgende begriffliche Behandlung des bedingten und befristeten Rechtsgeschäfts, andererseits aber auch die alsdann sich anschließende Prüfung des zeitlichen Verhältnisses zwischen Rechtsgeschäft und Wirkung benutzen, welche wieder die Grundlage für das Verständniß der Wirkungen bedingter und befristeter Geschäfte bildet.

In diese „Grundlagen", welche die erste Abtheilung dieser Abhandlung bilden, sind sodann die in der zweiten Abtheilung zu besprechenden Wirkungen der bedingten und befristeten Geschäfte einzuordnen; aber sie sind nicht etwa nur deductiv aus dem allgemeinen Resultaten zu schließen, sondern zugleich und hauptsächlich aus den Aussprüchen der Quellen und namentlich den zahlreichen

1*

Entscheidungen von Einzelwirkungen zu entwickeln. Auf diese Weise wird die Bedingungs- und Befristungslehre zwar aus der Lehre des größeren Ganzen, des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkungen, erklärt — gleichwie ein Theil eines Bauwerkes nur in seinem Zusammenhange mit dem Ganzen seine volle Erklärung und Würdigung finden kann — aber sie bleibt doch in sich selbst fest gegründet, so daß sie nicht nur von dem Ganzen getragen wird, sondern auch diesem wieder zur wesentlichen Stütze und Bestätigung dient.

Erste Abtheilung.

Die Grundlagen.

Erster Abschnitt.

Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung.

I. Das Wollen von Rechtsfolgen.

§. 2. 1) Inhalt des Wollens überhaupt [1]).

Der Willen oder der Act des Wollens — nur von diesem, nicht von dem Willen als der Fähigkeit zu wollen, ist hier die Rede — läßt sich in seinem Wesen nicht durch die Zurückführung auf andre geistige Functionen begreifen. Es ist „so einfach eine Grunderschei-

---

1) Hier ist vor Allem die vortreffliche Untersuchung Sigwart's „der Begriff des Wollens und sein Verhältniß zum Begriff der Ursache" Kleine Schriften II. S. 115 ff. zu vergleichen, welche mir erst nach Fertigstellung dieses Abschnittes zur Kenntniß gelangt ist. Da die folgende Darstellung sich zwar in den Resultaten großentheils mit Sigwart's Arbeit berührt, aber in der Begründung (wie in dem ganzen Gange der Entwicklung) fast durchweg von derselben unterscheidet, so habe ich den Text unverändert gelassen und auf Sigwart's zu gleichen Resultaten führende Argumente in den Anmerkungen hingedeutet.

nung des geistigen Lebens, daß er nur erlebt, nicht erläutert werden kann" [1]). Wir können erkennen, wodurch der Willensact hervorgerufen wird. Ich empfinde Unlust. Es entsteht die Vorstellung, daß irgend etwas diese Unlust zu heben geeigenet sei. Ich begehre dieses Etwas. Ich erkenne, daß ich es durch eine Handlung herbeiführen kann. Ich will diese Handlung. Aber durch diese Vorgeschichte des Willens — von der hier nicht untersucht werden soll, ob sie mit Nothwendigkeit zum Willen führt, und ob sie, wo Willen vorhanden ist, demselben stets vollständig vorangeht — ist die Natur des Willens durchaus nicht gegeben. Ich kann begehren meines reichen Onkels Vermögen zu haben und wissen, daß ich es durch einen Mord erlangen kann, ohne doch den Mord zu wollen; und wenn ich wirklich den Mord will, so sagt mir doch die Selbstbeobachtung, daß dieses Wollen noch etwas ganz Anderes [2]) ist als jenes Begehren und die Erkenntniß wie es zu befriedigen sei.

Die Begriffsbestimmung des Willens wird auch dadurch nicht erreicht, daß man hinzufügt: das Begehren, welches wisse, wie es befriedigt werden könne, sei nur dann ein Wollen, wenn es zu-

---

[1]) Lotze, Medicinische Psychologie S. 300. Vgl. auch Schopenhauer, handschriftl. Nachlaß S. 161: „Was wollen sei, läßt sich nicht weiter beschreiben; vielmehr ist es die unmittelbarste unserer Erkenntnisse." Sigwart a. a. O. S. 123: „Es handelt sich hier um den nicht weiter beschreibbaren Act, durch den ich ein Gedachtes in Beziehung zu mir setze, indem ich es zum Gegenstand meines Wollens mache." Vgl. auch S. 175 ff.

[2]) Zutreffend sagt Sigwart S. 141: „Begehren ist noch kein Wollen; und gegen die heutzutage herrschende Neigung die Begriffe aufzuheben bis zur Form eines unbewußten Wollens, ist auf die Scheidung von Wollen und Begehren Gewicht zu legen. Das bloße im Moment auf äußere Reize entstehende Begehren erscheint als etwas Passives; erst wenn die Reflexion auf das eigene Selbst dazwischen tritt, das die unwillkürlichen Regungen beherrscht und entweder hemmt oder durch eigene Thätigkeit bejaht und zu den seinigen macht, tritt das Wollen ein."

gleich auf Grund dieses Wissens seine Befriedigung erwarte[1]); denn hier wird offenbar eine aus den erwähnten Erkenntnissen und dem Bewußtsein des Wollens gezogene Folgerung mit dem Willen selbst verwechselt. Ich weiß, daß ich das begehrte Vermögen meines Onkels durch einen Mord erlangen kann, ich will den Mord und erwarte deshalb die Befriedigung meines Begehrens. Ich schließe also folgendermaßen:

1) Ich werde das Vermögen meines Onkels erhalten, wenn ich ihn tödte.
2) Ich tödte ihn, wenn ich eine so und so beschaffene That vollführe.
3) Ich kann diese That vollführen, wenn ich will.
4) Ich will.

Also werde ich das Vermögen des Onkels erhalten. Man lasse das vierte Glied unsrer Schlußkette fort und man wird niemals zu der Folgerung der Erwartung der Befriedigung kommen können. Das Begehren, die Erkenntniß wie es befriedigt werden könne und die Erwartung der Befriedigung sind von dem Wollen selbst specifisch verschiedene Erscheinungen des Seelenlebens. Das Wollen kann nicht in Begehrungen und Urtheile aufgelöst werden.

Zeigt sich der Unterschied des Willensactes „ich will“ von der Vorstellung „ich werde“ schon in den Fällen wo in der That beide vorhanden sind, so wird derselbe noch augenfälliger, wenn der eine oder die andere fehlt[2]). Wir wollen Vieles ohne sicher von dem Vollbringen überzeugt zu sein. Und umgekehrt wir denken manches „ich werde“ auch ein solches, von dem wir die Aufhebung unserer Unlust erwarten, ohne daß ein auf das „werden“ gerichteter Wil-

[1]) Vgl. Volkmann Psychologie Bd. II. S. 442: „Ein Begehren, das von einer Causalität seiner Befriedigung weiß und auf Grund dieses Wissens seine Befriedigung erwartet.“ Aehnlich Drobisch, Empirische Psychologie S. 246. Beneke, Lehrbuch der Psychologie §. 201.

[2]) Hierüber vgl. auch Lotze a. a. O. S. 300 ff.

lensact vorhanden ist „Ich werde sicher in einer Woche wieder gesund sein."

Auf allen Wegen bestätigt sich also unser Satz, daß der Willen nicht in andre Functionen des inneren Lebens zerlegt werden kann. Die Frage nach dem Vorhandensein des Willens kann nicht durch theoretische Prüfung seiner Elemente (solche Elemente kennen wir nicht) sondern nur durch Selbstbeobachtung gefunden werden. Wo uns die Selbstbeobachtung jenes nicht zu schildernde, aber gleichwohl unmittelbar erkannte (bei besonders energischen Willensakten sogar in der Geberde in durchaus eigenthümlicher Weise hervortretende) „Ich will" wahrnehmen läßt, sind wir nicht berechtigt aus theoretischen Gründen, oder genauer Vorurtheilen das Dasein des Willens zu leugnen.

Gehen wir von dieser eine Menge von Irrthümern von vornherein ausschließenden Grundlage aus, so erkennen wir leicht, daß der Inhalt des Willens ein sehr mannigfaltiger sein kann.

1) Wir richten unseren Willen nach außen und nach innen. Nach außen z. B. auf die Bewegung unsers Körpers, nach innen auf die Leitung des Gedankenverlaufes, indem wir willkürlich unsre Gedanken auf etwas richten, Gründe für etwas suchen, Folgerungen aus etwas zu ziehen suchen; unsre Gedanken ordnen u. s. w.

2) Inhalt des Willens kann nicht nur dasjenige sein, was der Wille unmittelbar, sondern auch dasjenige, was er mittelbar dadurch zu bewirken vermag, daß er (unmittelbare oder auch nur mittelbare) Ursachen der gewollten Wirkung hervorruft. Der Wille beschränkt sich also nicht nur auf körperliche Handlungen und Leitung unserer Gedanken, sondern er umfaßt auch Alles das, was wir unter Benutzung des außer uns Liegenden durch Leitung unserer Gedanken und körperlichen Handlungen erreichen können. Wenn ich durch einen Schuß einen Menschen vorsätzlich tödte, so will ich nicht nur die Arme, Augen,

Finger bewegen (beim Aufheben der Flinte, Zielen, Abdrücken), sondern will auch schießen, treffen, tödten. Mein Wille den Finger (beim Abdrücken) zu krümmen und der Wille zu tödten sind ihrem Inhalte nach, aber nicht qualitativ verschieden.

Wir befinden uns hier im directen Widerspruch mit den Ausführungen Zitelmann's. Z. definirt den Willen als „Willen zur körperlichen Bewegung." Es ist derjenige psychische nicht weiter zu beschreibende Act, welcher die motorischen Nerven in Erregung setzt [1]).

---

1) Irrthum und Rechtsgeschäft S. 118. Aehnlich schon Bekker Theorie des Strafrechts, namentlich §. 19 — 21. Vergl. z. B. S. 298 ff.. „Mir ist der Wille das Vermögen des Ichs die an dasselbe gebundenen Kräfte wirksam werden zu lassen, daher von einem concreten Willen erst mit der Thätigkeit der Kraft die Rede sein kann. Vor der Thätigkeit ist das Wollen nur im Keim vorhanden, sobald es fertig entwickelt ist, muß es die Bewegung als eine unmittelbare Folge zum Vorschein bringen." Bekker geht von der Frage aus, welche geistigen Beziehungen zwischen dem Handelnden und dem verbrecherischen Erfolge der Handlung bestehen müssen (vergl. namentlich S. 252 ff). Muß dieser Erfolg gewollt sein? Was heißt einen Erfolg wollen? Müssen alle Voraussetzungen desselben gewollt und durch den Willen bewirkt also z. B. der Dolch vor dem Mörder selbst geschlossen sein? Offenbar nicht. Genügt es, daß die Handlung gewollt sei, welche den (nicht vorgestellten) Erfolg hervorruft? Ebenfalls nicht. Es genügt aber das Vorhersehen und Billigen des Erfolges oder präciser, da wenn der Erfolg vorgestellt und die Handlung gleichwohl vorgenommen ist, dieser allemal gebilligt ist, das Wissen des Erfolges.

Ich kann mich dem nicht anschließen. Wollen des Erfolges ist allerdings weder Wollen aller Voraussetzungen, noch Wollen lediglich der Körperbewegung; nicht nur das Mittel, sondern der Erfolg selbst wird gewollt, wie im Texte näher gezeigt ist. Das Wollen des Erfolges führt sodann zum Wollen derjenigen Mittel, welche in ihrem (vorgestellten) Zusammenhange mit anderen nur vorgestellten, nicht gewollten Voraussetzungen den Erfolg herbeiführen. Die Gedankenreihe kann allerdings auch umgekehrt verlaufen. Ich will den Erfolg A, erkenne, daß ich denselben nur durch ein bestimmtes Mittel erreichen kann, daß aber dieses zugleich den nicht gewünschten Erfolg B mit herbeiführt. Ist nun auch der Erfolg B gewollt? Allerdings; denn mein Willen hat die Frage: „Soll ich die Handlung vornehmen und dadurch außer dem Erfolge A auch den Erfolg B hervorrufen?" da eine Bejahung nur des ersten Theiles unter Ver=

Wäre diese Grundlage richtig, so würde natürlich gar nichts dagegen einzuwenden sein, daß der Wille des Erfolges, als nicht auf eine Bewegung des eigenen Körpers gerichtet, aus dem Gebiete des Willens verbannt wird [1]) und man könnte höchstens darüber einen terminologischen Streit eröffnen, ob es nun richtig sei diesen Willen (oder eigentlich Nichtwillen) gleichwohl mit Zitelmann als „Willen im weiteren Sinn" oder „Absicht" zu bezeichnen. Allein die ganze Grundlage, auf der Zitelmann baut, ist nichts weiter als eine petitio principii, welche ohne Versuch eines Beweises vorgetragen wird; und sie ist nicht nur unbewiesen, sondern auch unrichtig.

Erstens übersieht sie, wie schon berührt, daß es dem Menschen möglich ist seine Gedanken durch den Willen zu lenken, seine Gefühle zu beeinflussen (die Aufmerksamkeit auf etwas zu richten, seine Gedanken zu ordnen, seinen Zorn zu unterdrücken u. s. w.).

Zweitens erweist sie sich auch auf dem Gebiete der äußeren Handlungen als unhaltbar. Zitelmanns Gedanke ist, als gewollt nur dasjenige anzuerkennen, was der Wille unmittelbar bewirken kann, nicht was er nur mittelbar durch Erzeugung vou Ursachen, welche jene Wirkung zur Folge haben, hervorruft. Von diesem Grundgedanken ausgehend hätte aber Zitelmann zu einem ganz anderen Resultate kommen müssen, wie der Einfachheit wegen an einem Beispiele entwickelt werden mag. Ich tödte einen Menschen absichtlich durch einen Schlag mit einem Beil auf den Kopf. Diese That zerfällt in eine psychische Erregung, die wir Willen nennen, und weiter folgende Glieder einer Causalreihe.

---

neinung des zweiten unmöglich war, ganz bejaht. Ich habe mich entschlossen durch das Mittel den Erfolg A und den Erfolg B herbeizuführen. Motiv für den Entschluß war, daß ich A allein nicht herbeiführen konnte. Wir wollen oft um anderer Dinge willen, was wir für sich allein nie wollen würden, und zwar gilt das nicht nur von Erfolgen, sondern auch von körperlichen Handlungen.

[1]) Daselbst S. 123 ff.

a. An den Willen knüpfen sich (auf uns ganz unbekannte Weise) Erregungen der motorischen Nerven.
b. Nach den Naturgesetzen sind an diese Erregungen Muskelcontractionen geknüpft, welche
c. ebenfalls nach den Naturgesetzen eine gewisse Armbewegung zur Folge haben, durch welche
d. ebenfalls nach Naturgesetzen das in der Hand gehaltene Beil in eine gewisse Bewegung geräth, den Kopf des Menschen trifft und
e. ebenfalls nach Naturgesetzen eine Verletzung hervorruft, welche
f. ebenfalls nach Naturgesetzen den Tod zur Folge hat.

Will nun Zitelmann in Wahrheit als gewollt nur dasjenige ansehen, was der Wille unmittelbar bewirkt, so ist es klar, daß er nur die Erregungen der motorischen Nerven für gewollt halten kann; denn auf die Muskeln, den Arm, das Beil, den Kopf, das Leben des Getroffenen wirkt der Wille nur mittelbar [1]). Es ist eine durch nichts berechtigte Inconsequenz von der durch die Erregung der motorischen Nerven angestoßenen und nun nach Naturgesetzen fortwirkenden Reihe von Ursachen und Wirkungen die Glieder b und c noch für gewollt zu erklären, dagegen d. e. und f. von dem Willensinhalt auszuschließen [2]).

---

[1]) In der That scheint Zitelmann sich dieser nothwendigen Consequenz seiner Ansicht vorübergehend bewußt geworden zu sein; denn er sagt S. 126 ff.: „Wenn die Seele weiß, daß ihr Wille nichts anderes kann, als den motorischen Nerven gebieten — wie wird sie dann etwas anderes zu wollen sich erkühnen?“ Aber das Resultat dieser Folgerung geht ihm sofort wieder durch Verwechslung der Nervenerregung und ihrer mittelbaren Folge, nämlich der Körperbewegung, verloren. Die ganze Deduction widerlegt sich übrigens selbst. Die Seele weiß eben nichts von der Erregung der motorischen Nerven, dagegen wohl fühlt sie sich als die Kraft, welche alle jene mittelbaren und unmittelbaren Folgen hervorruft.

[2]) Diesen m. E. schlagendsten Gegengrund gegen Zitelmann hat Sigwart nicht benutzt, erhebt indes gegen Z. andre gleichfalls zutreffende Ein-

Die consequente Folge von Zitelmanns Grundgedanken wäre die Annahme, der Wille sei ausschließlich auf die Erregung der motorischen Nerven gerichtet, und diese Consequenz hat in der That v. Liszt [1]) gezogen. „Willkür ist gleichbedeutend mit Innervation." Dadurch wird aber in Wahrheit jeder bewußte Wille geleugnet; denn die Erregung der motorischen Nerven tritt uns nicht ins Bewußtsein [2]). Es wird also alles dasjenige, was nicht bloß die deutsche, sondern alle bekannten Culturſprachen mit Wollen, velle u. s. w. bezeichnen, dem Begriff des Willens entzogen und dafür eine neue der Sprache bisher nicht bekannte Bedeutung des Wortes Wollen substituirt.

In Wahrheit ist die Erregung der motorischen Nerven nicht das Wollen, sondern eine Folge des Wollens, ob eine unmittelbare oder mittelbare, wissen wir nicht. Es ist sehr wohl möglich, ja nicht einmal unwahrscheinlich, daß zwischen der Erregung der Nerven und dem psychischen Acte des Wollens noch verschiedene Mittelglieder liegen, von denen wir ebenso wenig wissen, wie man vor nicht allzu langer Zeit von der Erregung der motorischen Nerven wußte. So lange nicht die gänzlich unbekannte Brücke zwischen dem psychischen Acte des Wollens und der körperlichen Folge derselben entdeckt ist, ist es unmöglich Wesen und Inhalt des Willens aus seiner körperlichen Folge zu entwickeln [3]). Wir sind also bei

---

wendungen. S. 138 ff. Daß Zitelmann selbst die nach seiner Ansicht dem Willensinhalt gesteckten Grenzen nicht immer respectirt, hat Bekker in seiner Kritik der Z.'schen Schrift Krit. Vierteljahrsschr. Bd. XXII. S. 43 treffend gezeigt.

[1]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts §. 28.

[2]) Dies verkennt Liszt, wenn er gleichwohl die Willkür bewußte Erregung der motorischen Nerven nennt.

[3]) In anderer, gleichfalls zutreffender Weise argumentirt Sigwart (S. 174) gegen die von mir bekämpfte Ansicht, indem er darauf hinweist, daß es körperliche Reize gibt, welche vermöge der Einrichtung der organischen Maschine Be-

der Untersuchung des Willensinhaltes lediglich auf die Selbstbeobachtung angewiesen und diese lehrt uns. Gewollt kann Alles sein, was der Mensch zu bewirken vermag, indem er seine unmittelbaren oder mittelbaren Ursachen hervorruft.

Damit aber haben wir den von Zitelmann und einigen Andern [1]) aufgestellten Begriff des Willens verworfen und sind zu der Denk- und Sprachweise nicht nur des Deutschen, sondern auch anderer mir bekannter Culturvölker zurückgekehrt. Wollen, velle, *βούλεσθαι*, vouloir, to be willing, u. A. m. zeigen nirgends die Beschränkung auf das Wollen körperlicher Bewegung.

Zitelmann hat denn auch selbst nicht behauptet, daß das Wort „Willen" die von ihm aufgestellte engere Bedeutung habe; aber er glaubt, der Genius der Sprache habe das Wort Absicht in dem Z.'s Ansicht entsprechenden Sinne geschaffen; allein auch das ist unrichtig, wir gebrauchen allerdings das Wort Absicht vorzugsweise (freilich nicht einmal ausschließlich) da, wo wir zugleich an vorausgehende Glieder der Causalreihe denkend, ein darauf folgendes als gewollt bezeichnen wollen; allein nicht nur, wenn das vorgestellte nähere Glied eine körperliche Bewegung ist, das folgende außerhalb des Körpers liegt, sondern auch wenn beide außerhalb oder beide innerhalb der körperlichen Bewegung liegen. Z. B. „Er hat ihn vergiftet (Erfolg), in der Absicht ihn zu beerben," m. a. W. er hat es bei der Vergiftung auf die Beerbung des Vergifteten abgesehen. „Ich komme hierher in der Absicht zu tanzen." Ja wer

---

wegungen auslösen, und zwar sowohl äußere als innere Reize wie z. B. der Gehirnabsceß, der Convulsionen erzeugt; sodann Gemüthserregungen, die mit unwiderstehlicher Gewalt den Körper erschüttern. „Es ist also vornweg unmöglich, den Willen dadurch zu definiren, daß er Ursache der Bewegung sei, die in der Welt weiter wirkt." Das Gesagte paßt auch auf die v. Liszt'sche Ansicht, da jene Reize oder Gemüthsbewegungen gleichfalls Innervation bewirken.

[1]) Aehnliche Gedanken z. B. bei Hölder, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18. S. 176, 77, da er die „Absicht" vom Begriff des Willens ausschließt.

es verstände die Erregungen meiner motorischen Nerven zu erkennen und zu beurtheilen, würde gewiß nicht gegen die Gesetze der Sprache verstoßen, wenn er auf eine solche Erregung der bloßgelegten Nerven hinweisend sagte: Du hast die Absicht den Arm zu erheben, aber du kannst es nicht, weil der entsprechende Muskel abgeschnitten ist [1]).

3) Man kann nicht nur sofortige Handlungen, Erfolge, Einwirkungen auf den Gedankenverlauf rc. wollen, sondern auch zukünftige; ich kann jetzt den festen Entschluß fassen, morgen zu tanzen, morgen den X. zu tödten, in einem Jahre zu heirathen.

Hier ist die Ausführung des Willens; aber nicht sein Dasein suspendirt. Wenn ich mich heute fest entschließe, in einem Jahre zu heirathen, so ist und bleibt es ewig wahr, daß ich mich heute entschlossen, daß ich heute etwas gewollt habe. Nur war mein Wille nicht darauf gerichtet, heute zu heirathen, sondern in einem Jahre zu heirathen. Heute habe ich mir durch meinen Willen eine Norm gesetzt, des Inhalts, daß in einem Jahre die Heirath stattfinde. Man hat, zumal von juristischer Seite gefragt, wie es denn überhaupt möglich sei, daß der Wille sich selbst eine Norm setze. Die Frage ist allerdings nicht leichter zu beantworten, als die, wie es denn überhaupt möglich ist, daß der Wille auf die motorischen Nerven wirkt, und viele andre ähnliche Fragen, die vielleicht für immer ungelöst bleiben werden. Aber, daß der Wille sich eine

---

1) Auch die vorherrschende Meinung der Criminalisten gebraucht das Wort Absicht (im Gegensatz zu Vorsatz) in einem mit uns, genau betrachtet aber nicht mit Zitelmann übereinstimmenden Sinne. Man bezeichnet nämlich „die Beziehung des Willens auf die concrete, den Erfolg verwirklichende Thätigkeit" als Vorsatz und geht also damit weit über den Willen der bloßen Körperbewegung hinaus. Absicht aber wird dann der Willen in Beziehung auf das weitere Glied der Causalreihe genannt, nämlich „die Beziehung des Willens auf den vorgestellten und gewollten Erfolg der Thätigkeit." Hälscher's Strafrecht I. S. 276 und die zahlreichen dort citirten Schriftsteller.

Norm zu setzen im Stande ist, lehrt die Selbstbeobachtung [1]). Wer leugnet, daß der einmal gefaßte Entschluß etwas zwar nicht absolut Bindendes (der Entschluß kann, ja muß bisweilen geändert oder zurückgenommen werden) aber doch eine gewisse bindende Kraft habe, der beweist nur den Glauben an seine eigene Willensschwäche. Beruht doch die Characterbildung zu einem großen Theile auf solchen selbstgesetzten und durch fortgesetzte Befolgung innerlich gefestigten Normen.

4) Der Wille kann sich nicht nur auf einzelne innere oder äußere Thätigkeiten oder Erfolge richten, sondern auch auf ein gesammtes Verhalten, wie es einer bestimmten Maxime, oder auch einem zu erreichenden allgemeinen Erfolge entspricht [2]), was nach den vorhergehenden Erörterungen keiner Erläuterung bedarf.

5) Der Willen setzt keineswegs voraus, daß man überzeugt sei, das Gewollte auch zu erreichen. Ich greife 100mal nach dem entflohenen Vogel, durch jeden Griff will ich ihn fassen; aber ich zweifle vielleicht bei jedem Griff ob es gelingen werde.

---

1) Vergl. auch die treffende Ausführung von Pernice Grünhut's Zeitschr. Bd. VII. S. 488 ff.: „Das dem socialen Ordnungstrieb verwandte aber doch davon verschiedene Gefühl, vermöge dessen der ausgesprochene Entschluß eine selbständige, fast objective Macht über den Erklärenden erhält."

2) Sigwart (S. 151) legt dem Willen in diesen Fällen den Character eines hypothetischen Vorsatzes bei. Ich zweifle, ob ich ihm folgen kann. Gewiß läßt sich aus dem Vorsatz „sparsam zu sein" der hypothetische Vorsatz diese und jene und überhaupt jede Ausgabe, wenn die Gelegenheit dazu herantritt, und sie vermeidlich ist, zu meiden, ableiten, aber ich glaube nicht, daß, wenn ich mir vornehme sparsam zu sein, jener vielfache hypothetische Willensinhalt schon vorhanden zu sein braucht. Mir scheint, es gibt auch einen kategorischen Willen, sparsam zu sein, nach den Geboten des Rechtes, ehrenhaft zu leben und dergl., der psychologisch von jenen hypothetischen Willensinhalten, wenn diese auch durch ihn hervorgerufen werden, getrennt werden kann. Auf eine nähere Untersuchung dieses für unsere Untersuchung nicht in Betracht kommenden Punktes muß ich hier verzichten.

6) Der Willen kann darauf gerichtet sein, etwas zu thun (oder einen Erfolg zu bewirken ꝛc.), wenn ein bestimmtes Ereigniß eintrete.

Daß wir es auch hier mit einem Willen zu thun haben, wird nach dem oben (unter 3) Gesagten nicht mehr zweifelhaft sein. Wenn im geraden Gegensatze hierzu Hölder[1]) sagt: „In der Fassung der auf eine zukünftige Handlung gerichteten Absicht, liegt überhaupt kein Willensact, sondern nur ein anticipierendes Urtheil über meinen zukünftigen Willen," so möchte ich darauf durch ein Beispiel erwidern: Wenn ein schwacher Ehemann in trauriger Selbsterkenntniß seufzend sagt: „Ich weiß schon, wenn mich meine Frau sehr darum bittet, werde ich das und das, obgleich es ganz unvernünftig ist, doch thun," so spricht er lediglich ein Urtheil über seinen zukünftigen Willen aus. Wer sich aber, vielleicht nach längerer Ueberlegung, ja nach Kämpfen entschließt: „Wenn mich meine Frau darum bittet, will ich das und das thun" der ist im Willensact, er will — und daß er sich entschlossen hat, daß er wollte, ist nicht nur wahr, wenn ihn seine Frau nachher bittet. Auch wenn die Bitte ausbleibt, kann er mit Recht sagen: „Ich hatte mich entschlossen es zu thun, wenn Du mich bitten würdest" [2]).

Schwierigkeit macht dagegen die Natur dieses Willens. Ist es ein einfacher oder ein zusammengesetzter Willensinhalt? Wenn ein einfacher, welches ist sein Inhalt? Ist der Wille bedingt? Die Beantwortung dieser und verwandter Fragen ist durch das Bisherige vorbereitet, kann aber aus Gründen des Zusammenhanges der Untersuchung erst später in Verbindung mit der Entwicklung des Bedingungsbegriffes erfolgen.

---

1) Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 18. S. 177.

2) Selbstverständlich soll durch das Gesagte nicht geleugnet werden, daß der Satz: „Wenn meine Frau mich darum bittet, will ich das und das thun" außerdem auch ein Urtheil, nämlich über den gegenwärtig vorhandenen Willen und seinen Inhalt, enthält.

2) Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens.

§. 3. a) Entwicklung des Princips.

Wir können bei den meisten [1]) Rechtsgeschäften den Erklärungswillen und den Willen des Erfolges scheiden. Ich will 1) sagen und dem Gegner zum Bewußtsein bringen, daß ich kaufen wolle, und will 2) auch wirklich kaufen. Nur von dem letzteren Willen ist hier die Rede. Nun scheint die erste bezüglich desselben aufzuwerfende Frage zu sein, ob er denn überhaupt erforderlich sei, ob nicht die Erklärung, einerlei ob gewollt oder nicht gewollt, genüge; denn bei Verneinung jenes Erfordernisses würde die Frage nach der Natur des gewollten Erfolges von selbst wegfallen. Gewiß ist das richtig; aber sie würde sich in andrer Form wiederholen, indem wir nun nach dem Inhalt der auf das Wollen eines Erfolges gerichteten Erklärung fragen müßten. Nichts hindert uns also mit der genauern Bestimmung des Willensinhaltes (bezw. des Erklärungsinhaltes) zu beginnen, und wir thun es, da dadurch die Behandlung der zweiten Frage, ob Wille erforderlich sei, oder Erklärung genüge, erleichtert wird. Daß wir dabei die Form des Ausdrucks schon nach unserer später zu begründenden Ansicht über die letztere Frage richten, daß wir also nicht nach dem Inhalt der Erklärung, oder (was unerträglich wäre) fortlaufend nach dem Inhalt des Willens bezw. der Erklärung fragen, bedarf keiner Rechtfertigung. Sachlich treffen die folgenden Erörterungen für beide Annahmen zu.

Nach der herrschenden Meinung ist der rechtsgeschäftliche Willen auf Herbeiführung von Rechtsfolgen, auf die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechtsverhältnissen gerichtet. Die

---

[1]) Nicht bei allen. So wird z. B. bei der Occupation wilder Thiere in den gewöhnlichen Fällen, eine Erklärung des Occupationswillens gar nicht beabsichtigt. Man sollte deshalb hier auch von Aeußerung statt von Erklärung reden.

meisten (nicht alle) Anfechtungen dieses Satzes gleichen sich, wenn auch von verschiedenen Gesichtspunkten ausgehend, doch in der Methode der Beweisführung. Man beobachtet zunächst die Folgen des Rechtsgeschäftes bis in ihre Consequenzen im Einzelnen und in ihrer nur bei juristischer Schulung klar erkennbaren juristischen Construction und fragt dann, ob diese Einzelconsequenzen, oder ob eine Rechtswirkung dieser Construction gewollt sei. Da sich alsdann (wirkliche oder scheinbare) Differenzen zwischen dem Willen und der Wirkung ergeben, so wird das Princip aufgegeben und durch ein neues ersetzt. Die Unrichtigkeit dieser Methode erkennen wir besonders leicht, wenn wir sie an einem einfachen, dem Rechtsgebiet nicht angehörigen Beispiel prüfen.

Wenn ich einen Stein nach einem bestimmten Ziele werfe, so treten unter anderen folgende Wirkungen ein: der Stein bewegt sich in einer parabolischen Bahn, er comprimirt die Luft vor sich und verdünnt die Luft hinter sich, u. dgl. m. Es treten also Naturfolgen ein, von denen die eine (die Flugbahn) wenigstens in der Regel nur in practischer Anschauung, nicht aber in abstracter mathematischer Construction vorstellt und gewollt ist, und andre, welche in der weitaus größten Zahl der Fälle überhaupt nicht vorgestellt und gewollt sein werden. So wenig wir nun hieraus schließen können, daß der Werfende Naturfolgen des Wurfes, (das Fliegen des Steines, das Treffen des Zieles) überhaupt nicht gewollt habe, so wenig ist der analoge Schluß beim Rechtsgeschäft berechtigt. Im Gegentheil sind die Sätze aufzustellen:

1) Das Rechtsgeschäft erfordert den Willen der rechtlichen Folge in practischer Anschauung, nicht aber das Bewußtsein der juristischen Construction derselben [1]);
2) die gewollte Rechtsfolge eines Geschäftes kann die Ursache weiterer Rechtsfolgen sein, welche nicht gewollt zu sein brauchen.

---

[1]) Vergl. Bruns kleine Schriften II. S. 454 ff.

An die Willensäußerung kann ferner neben oder anstatt der gewollten Wirkung eine nicht gewollte gesetzliche Folge geknüpft sein.

Beide Sätze sind von erheblichem theoretischen und practischen Werth. Der letztere wird uns später zu einer genauen Unterscheidung der gewollten und nicht gewollten Folgen und ihrer verschiedenen rechtlichen Behandlung führen. Der erstere ist hier näher darzulegen, in seiner theoretischen und practischen Bedeutung zu zeigen und gegen abweichende Ansichten zu vertheidigen.

Daß man Erben einsetzen, kaufen, Eigenthum tradiren kann, ohne sich über das Wesen der Universalsuccession, der Obligation, des dinglichen Rechtes klar zu sein, lehrt ein Blick ins Leben. Auf solche Abstractionen, so unentbehrlich sie der Wissenschaft sind, richten sich die Gedanken des Laien überhaupt selten. Er erkennt nur die äußerlich hervortretenden Consequenzen der Rechtsverhältnisse, auch diese zwar in sehr verschiedener Klarheit; aber im ganzen doch nicht ohne ein ziemlich sicheres Taktgefühl. Die Einzelwahrnehmungen die er in dieser Weise im Laufe der Zeit gemacht hat, schaffen ihm ein Gesammtbild der Rechtsfolgen, nicht einen klar erkannten, logisch gegliederten Begriff, aber ein anschauliches Bild, und es wäre sehr verkehrt zu behaupten, daß der Bauer kein Eigenthum und keine Erbfolge kennte, weil er sie nicht zu definiren vermag.

Dieser Vorstellung entsprechend ist denn auch der Wille beim Abschluß des Rechtsgeschäftes. Der Jurist aber hat aus den Worten der Parteien und den begleitenden Umständen das Gesammtbild der gewollten, practisch vorgestellten Folgen zu erkennen und auf scharfe juristische Begriffe zurückzuführen, welche ja im Grunde selbst nichts Anderes sind, als solche zu begrifflicher Klarheit und Einheit durchgedrungene Gesammtbilder von Rechtsfolgen. Falsch aber wäre es direct nach einer gewollten rechtlichen Construction der Rechtsfolge zu suchen.

So selbstverständlich dies Manchem erscheinen mag, zumal es in ähnlicher Weise schon [1]) gesagt wurde, so nothwendig ist doch es zu betonen, da es in doppelter Beziehung von oft verkannter Bedeutung ist.

Erstens bewahrt es uns vor dem gerade in der Bedingungs- und Befristungslehre sehr häufigen, aber auch sonst nicht seltenen Fehler theoretischer Beweisführung, aus dem Parteiwillen unmittelbar auf schwierige, von Laien gar nicht verstandene juristische Constructionen schließen zu wollen. Man hat behauptet die erfüllte Bedingung müsse zurückbezogen werden, weil das gewollt, und dann wieder gerade umgekehrt, die Bedingung dürfe nicht zurückbezogen werden, weil die Entstehung der Obligation erst bei eintretender Bedingung gewollt sei. Man hat behauptet der befristete obligatorische Vertrag erzeuge sofort eine (freilich noch nicht klagbare) Obligation, weil sie als sofort entstehende gewollt sei, und wieder gerade umgekehrt, die Obligation komme erst bei eintretendem dies zu Stande, weil sie erst für diesen Moment gewollt sei. Schon die widersprechenden Resultate machen diese Beweisführungen verdächtig, und in der That sind sie aus dem entwickelten Grunde methodisch falsch. Der Parteiwille ist regelmäßig weder auf Rückziehung noch auf Nichtrückziehung, weder auf sofortige befristete noch auf erst zukünftige aber schon gewisse Obligationen gerichtet. Solche Feinheiten der juristischen Construction sind regelmäßig weder Gegenstand des Bewußtseins noch des Willens der Parteien. Will man daher in den genannten und ähnlichen Fragen überhaupt aus der Parteiabsicht argumentiren, so hat man eine Reihe bestimmter practischer Einzelresultate als der Parteiabsicht entsprechend nachzuweisen und zu zeigen, daß diese Einzelresultate mit der einen, nicht aber mit der andern der fraglichen juristischen Constructionen in Einklang stehen.

Zweitens bewährt sich das Gesagte in ähnlicher Weise bei der Interpretation concreter Rechtsgeschäfte. Es lehrt uns, nicht auf ge-

---

[1]) Namentlich von Bruns a. a. O.

brauchte technische Ausdrücke (Testament, während in Wirklichkeit ein Erbvertrag vorliegt) und abstracte Wendungen, sondern auf die gewollten practischen Resultate das Hauptgewicht zu legen, und aus ihnen die den gewollten practischen Rechtsfolgen entsprechende juristische Construction abzuleiten.

Das richtige Gefühl, daß der rechtsgeschäftliche Wille unmöglich das Bewußtsein der juristischen Construction der gewollten Rechtsfolgen voraussetzen kann, ist vielleicht eine der Ursachen, welche die in neuerer Zeit mehrfach vertretene Meinung hervorgerufen haben, daß es überhaupt beim Geschäft nicht auf das Wollen von Rechtsfolgen ankomme. So behauptet Thon, „daß die Rechtsordnung bei der Mehrzahl ihrer Rechtsgeschäfte nichts als die Erklärung eines Begehrens nach einem Zustande von wirthschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung erfordert" [1]). Ganz ähnlich faßt den gleichen Gedanken Schloßmann [2]), indem er die Absicht beim Geschäftsschluß für „in erster Linie nicht auf Rechtsfolgen sondern auf wirthschaftliche Folgen gerichtet" erklärt, und demnächst hat Lenel [3]) diese Ideen durch Induction aus einer größeren Anzahl von Geschäften zu beweisen gesucht [4]). Die Unrichtigkeit

[1]) Rechtsnorm und subjectives Recht S. 365.

[2]) In der Kritik zu Zitelmann's Irrthum und Rechtsgeschäft. Grünhut's Zeitschr. VII. S. 569 ff.

[3]) Parteiabsicht und Rechtserfolg. Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 19. S. 154 bis 253. Vgl. auch Wach, Archiv. f. civil. Pr. Bd. 14. S. 38 ff., welcher indessen mehr auf unserm Boden steht, da er „im Rechtsgeschäft das bewußte Wollen als rechtsgestaltenden Factor" betrachtet und nur hervorhebt, „daß die juristisch technischen Folgen nicht nothwendig in die Vorstellung der Contrahenten aufgenommen sein brauchen."

[4]) In der Formulirung (a. a. O. S. 163 ff., vergl. auch S. 250) faßt freilich Lenel die neuere Theorie so, daß der Widerspruch zu der herrschenden Ansicht zurücktritt; denn es ist klar, daß auch die herrschende Theorie annimmt, „daß sich bei Rechtsgeschäften die Rechtsfolge principiell den Parteizwecken anbequemt und unterordnet" (indem nämlich die von den Parteien gewollte und durch die abgegebenen Erklärungen bezweckte Rechtsfolge eintritt); indeß seine



dieser Ansicht an einer Reihe der von Lenel selbst gewählten Beispiele darzulegen, also zu zeigen, daß beim Rechtsgeschäft nicht nur der (allerdings zweifellos vorhandene und bisher meines Wissens noch von Niemand geleugnete) Willen wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Folgen, sondern auch, eben als Mittel für die Erreichung jener wirthschaftlichen Folgen, der Willen von Rechtsfolgen vorliegt, und, wo der letztere fehlt, trotz des ersteren das Geschäft nichtig ist, lohnt um so mehr, als sich damit ganz von selbst der nähere Nachweis der oben unter 1) aufgestellten Behauptung verbindet.

Der Derelinquirende, welcher die Absicht hat, „nichts mehr mit der Sache zu thun zu haben", will eben damit all und jede Herrschaft über die Sache, welche er kennt, aufgeben; also auf seine vom Recht geschützte Herrschaft, und das ist eben das Eigenthum. Er weiß, daß er Herr der Sache war, und will es nicht mehr sein, d. h. aber juristisch ausgedrückt, er will sein Eigenthum aufgeben. Wer seine Sache, ohne zu wissen, daß sie ihm gehört, mit den Worten: „Ei, was soll ich mich mit fremden Sachen plagen", fortwirft, verliert sein Eigenthum nicht; er hat nicht die Absicht die (ihm unbekannte) Rechtsherrschaft aufzugeben; aber den „Willen mit der Sache nichts mehr zu thun zu haben" hat er gleichwohl.

Ganz entsprechend ist der animus rem sibi habendi bei der Occupation nicht nur „ein factisches Haben wollen," sondern ein Herrschen wollen, welches jedem Gegner entgegenzutreten bereit ist. Der Jäger will nicht nur „den Braten," sondern er will, daß der Hase ihm gehören soll. Wie er den Hasen wirthschaftlich verwerthen, ob er ihn essen, verschenken, verkaufen will, darüber kann er noch völlig im Zweifel sein; aber er ist nicht im Zweifel, daß er sich den Hasen von Niemandem nehmen zu lassen braucht.

---

gesammte Beweisführung geht darauf aus darzuthun, daß der Wille beim Rechtsgeschäft sich in sehr vielen Fällen nicht auf Rechtsfolgen richte, und dem ist entschieden zu widersprechen.

Er will eben eine von Jedermann zu respectirende Herrschaft haben, und das ist das Eigenthum. Glaubt allerdings der Occupant bei der Occupation, daß die Sache (schon oder noch) einen Eigenthümer habe, so hat er den Willen Eigenthümer zu werden nicht; allein hier ist eben deshalb auch der Eigenthumserwerb ausgeschlossen wie die L. 2 pr. D. pro derelicto (41, 7) meines Erachtens unwiderleglich beweist. Pro derelicto rem a domino habitam, *si sciamus*, possumus adquirere. Es ist geradezu unmöglich das adquirere mit Schirmer (Zeitschr. f. Civ. R. u. Proceß. N. F. Bd. 15. S. 218. Anm. 5) von der Usucapion zu verstehen, da, wenn die im Vordersatze gegebenen Voraussetzungen vorliegen, die Usucapion ganz unnöthig ist, und sofortiger Eigenthumserwerb stattfindet; ebenso aber scheint es mir unzulässig mit Windscheid (Pand. § 184. Anm. 1) die Stelle von dem Eigenthumserwerbswillen, nicht von dem Erwerbe selbst zu verstehen, da sie ja ausdrücklich von dem adquirere *posse* und nicht von dem *velle* redet [1]). Mit dem Gesagten stimmt es denn auch überein, daß die Quellen occupirte Sachen als „pro suo“ besessene bezeichene. Was ich als „mein“ besitze, werde ich in Besitz genommen haben, um es zu dem meinigen zu machen. Wenn andererseits gesagt wird, daß herrenlose Sachen von demjenigen erworben wurden, der sie occupire, oder der zuerst den Besitz erlange, sie finde, fange u. s. w. § 12, 14, 18 J. de rer. div. (2. 1). L. 1. § 1. L. 3. pr. L. 30 § 4, D. de A. R. D. (41. 1) so beweist das natürlich gar nichts; denn hier wird überall der animus rem sibi habendi und damit, wie

---

1) Windscheids Worte lassen übrigens vielleicht auch die Deutung zu: Der Jurist wolle nur sagen: „Wer die Sache nicht für derelinquirt hält, kann auch, wenn er mala fide occupirt, den Willen, Eigenthümer zu werden, nicht haben und wird deshalb nicht Eigenthümer.“ In diesem Fall bin ich mit Windscheid völlig einverstanden. Ueber die L. 9. § 4. D. de jur. et fact. ignor. (22. 6) siehe unten.

So selbstverständlich dies Manchem erscheinen mag, zumal es in ähnlicher Weise schon [1]) gesagt wurde, so nothwendig ist doch es zu betonen, da es in doppelter Beziehung von oft verkannter Bedeutung ist.

Erstens bewahrt es uns vor dem gerade in der Bedingungs- und Befristungslehre sehr häufigen, aber auch sonst nicht seltenen Fehler theoretischer Beweisführung, aus dem Parteiwillen unmittelbar auf schwierige, von Laien gar nicht verstandene juristische Constructionen schließen zu wollen. Man hat behauptet die erfüllte Bedingung müsse zurückbezogen werden, weil das gewollt, und dann wieder gerade umgekehrt, die Bedingung dürfe nicht zurückbezogen werden, weil die Entstehung der Obligation erst bei eintretender Bedingung gewollt sei. Man hat behauptet der befristete obligatorische Vertrag erzeuge sofort eine (freilich noch nicht klagbare) Obligation, weil sie als sofort entstehende gewollt sei, und wieder gerade umgekehrt, die Obligation komme erst bei eintretendem dies zu Stande, weil sie erst für diesen Moment gewollt sei. Schon die widersprechenden Resultate machen diese Beweisführungen verdächtig, und in der That sind sie aus dem entwickelten Grunde methodisch falsch. Der Parteiwille ist regelmäßig weder auf Rückziehung noch auf Nichtrückziehung, weder auf sofortige befristete noch auf erst zukünftige aber schon gewisse Obligationen gerichtet. Solche Feinheiten der juristischen Construction sind regelmäßig weder Gegenstand des Bewußtseins noch des Willens der Parteien. Will man daher in den genannten und ähnlichen Fragen überhaupt aus der Parteiabsicht argumentiren, so hat man eine Reihe bestimmter practischer Einzelresultate als der Parteiabsicht entsprechend nachzuweisen und zu zeigen, daß diese Einzelresultate mit der einen, nicht aber mit der andern der fraglichen juristischen Constructionen in Einklang stehen.

Zweitens bewährt sich das Gesagte in ähnlicher Weise bei der Interpretation concreter Rechtsgeschäfte. Es lehrt uns, nicht auf ge-

---

1) Namentlich von Bruns a. a. O.

brauchte technische Ausdrücke (Testament, während in Wirklichkeit ein Erbvertrag vorliegt) und abstracte Wendungen, sondern auf die gewollten practischen Resultate das Hauptgewicht zu legen, und aus ihnen die den gewollten practischen Rechtsfolgen entsprechende juristische Construction abzuleiten.

Das richtige Gefühl, daß der rechtsgeschäftliche Wille unmöglich das Bewußtsein der juristischen Construction der gewollten Rechtsfolgen voraussetzen kann, ist vielleicht eine der Ursachen, welche die in neuerer Zeit mehrfach vertretene Meinung hervorgerufen haben, daß es überhaupt beim Geschäft nicht auf das Wollen von Rechtsfolgen ankomme. So behauptet Thon, „daß die Rechtsordnung bei der Mehrzahl ihrer Rechtsgeschäfte nichts als die Erklärung eines Begehrens nach einem Zustande von wirthschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung erfordert" [1]). Ganz ähnlich faßt den gleichen Gedanken Schloßmann [2]), indem er die Absicht beim Geschäftsschluß für „in erster Linie nicht auf Rechtsfolgen sondern auf wirthschaftliche Folgen gerichtet" erklärt, und demnächst hat Lenel [3]) diese Ideen durch Induction aus einer größeren Anzahl von Geschäften zu beweisen gesucht [4]). Die Unrichtigkeit

---

1) Rechtsnorm und subjectives Recht S. 365.

2) In der Kritik zu Zitelmann's Irrthum und Rechtsgeschäft. Grünhut's Zeitschr. VII. S. 569 ff.

3) Parteiabsicht und Rechtserfolg. Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 19. S. 154 bis 253. Vgl. auch Wach, Archiv. f. civil. Pr. Bd. 14. S. 38 ff., welcher indessen mehr auf unserm Boden steht, da er „im Rechtsgeschäft das bewußte Wollen als rechtsgestaltenden Factor" betrachtet und nur hervorhebt, „daß die juristisch technischen Folgen nicht nothwendig in die Vorstellung der Contrahenten aufgenommen sein brauchen."

4) In der Formulirung (a. a. O. S. 163 ff., vergl. auch S. 250) faßt freilich Lenel die neuere Theorie so, daß der Widerspruch zu der herrschenden Ansicht zurücktritt; denn es ist klar, daß auch die herrschende Theorie annimmt, „daß sich bei Rechtsgeschäften die Rechtsfolge principiell den Parteizwecken anbequemt und unterordnet" (indem nämlich die von den Parteien gewollte und durch die abgegebenen Erklärungen bezweckte Rechtsfolge eintritt); indeß seine



dieser Ansicht an einer Reihe der von Lenel selbst gewählten Beispiele darzulegen, also zu zeigen, daß beim Rechtsgeschäft nicht nur der (allerdings zweifellos vorhandene und bisher meines Wissens noch von Niemand geleugnete) Willen wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Folgen, sondern auch, eben als Mittel für die Erreichung jener wirthschaftlichen Folgen, der Willen von Rechtsfolgen vorliegt, und, wo der letztere fehlt, trotz des ersteren das Geschäft nichtig ist, lohnt um so mehr, als sich damit ganz von selbst der nähere Nachweis der oben unter 1) aufgestellten Behauptung verbindet.

Der Derelinquirende, welcher die Absicht hat, „nichts mehr mit der Sache zu thun zu haben", will eben damit all und jede Herrschaft über die Sache, welche er kennt, aufgeben; also auf seine vom Recht geschützte Herrschaft, und das ist eben das Eigenthum. Er weiß, daß er Herr der Sache war, und will es nicht mehr sein, d. h. aber juristisch ausgedrückt, er will sein Eigenthum aufgeben. Wer seine Sache, ohne zu wissen, daß sie ihm gehört, mit den Worten: „Ei, was soll ich mich mit fremden Sachen plagen", fortwirft, verliert sein Eigenthum nicht; er hat nicht die Absicht die (ihm unbekannte) Rechtsherrschaft aufzugeben; aber den „Willen mit der Sache nichts mehr zu thun zu haben" hat er gleichwohl.

Ganz entsprechend ist der animus rem sibi habendi bei der Occupation nicht nur „ein factisches Haben wollen," sondern ein Herrschen wollen, welches jedem Gegner entgegenzutreten bereit ist. Der Jäger will nicht nur „den Braten," sondern er will, daß der Hase *ihm gehören soll*. Wie er den Hasen wirthschaftlich verwerthen, ob er ihn essen, verschenken, verkaufen will, darüber kann er noch völlig im Zweifel sein; aber er ist nicht im Zweifel, daß er sich den Hasen von Niemandem nehmen zu lassen braucht.

---

gesammte Beweisführung geht darauf aus darzuthun, daß der Wille beim Rechtsgeschäft sich in sehr vielen Fällen *nicht* auf Rechtsfolgen richte, und dem ist entschieden zu widersprechen.

Er will eben eine von Jedermann zu respectirende Herrschaft haben, und das ist das Eigenthum. Glaubt allerdings der Occupant bei der Occupation, daß die Sache (schon oder noch) einen Eigenthümer habe, so hat er den Willen Eigenthümer zu werden nicht; allein hier ist eben deshalb auch der Eigenthumserwerb ausgeschlossen wie die L. 2 pr. D. pro derelicto (41, 7) meines Erachtens unwiderleglich beweist. Pro derelicto rem a domino habitam, *si sciamus*, possumus adquirere. Es ist geradezu unmöglich das adquirere mit Schirmer (Zeitschr. f. Civ. R. u. Proceß. N. F. Bd. 15. S. 218. Anm. 5) von der Usucapion zu verstehen, da, wenn die im Vordersatze gegebenen Voraussetzungen vorliegen, die Usucapion ganz unnöthig ist, und sofortiger Eigenthumserwerb stattfindet; ebenso aber scheint es mir unzuläßig mit Windscheid (Pand. § 184. Anm. 1) die Stelle von dem Eigenthumserwerbswillen, nicht von dem Erwerbe selbst zu verstehen, da sie ja ausdrücklich von dem adquirere *posse* und nicht von dem *velle* redet [1]). Mit dem Gesagten stimmt es denn auch überein, daß die Quellen occupirte Sachen als „pro suo" besessene bezeichene. Was ich als „mein" besitze, werde ich in Besitz genommen haben, um es zu dem meinigen zu machen. Wenn andererseits gesagt wird, daß herrenlose Sachen von demjenigen erworben wurden, der sie occupire, oder der zuerst den Besitz erlange, sie finde, fange u. s. w. § 12, 14, 18 J. de rer. div. (2. 1). L. 1. § 1. L. 3. pr. L. 30 § 4. D. de A. R. D. (41. 1) so beweist das natürlich gar nichts; denn hier wird überall der animus rem sibi habendi und damit, wie

---

1) Windscheids Worte lassen übrigens vielleicht auch die Deutung zu: Der Jurist wolle nur sagen: „Wer die Sache nicht für derelinquirt hält, kann auch, wenn er mala fide occupirt, den Willen, Eigenthümer zu werden, nicht haben und wird deshalb nicht Eigenthümer." In diesem Fall bin ich mit Windscheid völlig einverstanden. Ueber die L. 9. § 4. D. de jur. et fact. ignor. (22. 6) siehe unten.

oben gezeigt, im Normalfalle [1]) der Wille die Sachen als sein zu haben (Eigenthümer zu werden) vorausgesetzt. Uebrigens ist auch für das Gegenbild der Occupation, die Dereliction, geradezu der Wille des Derelinquenten, daß die Sache nicht mehr zu seinen Sachen gehören solle, d. h. doch mit klaren Worten der Wille das Eigenthum aufzugeben, erfordert: § 47. J. de R. D. (2. 1). Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id *rerum suarum esse nollet.* L. 36. D. de stip. serv. (45. 3) . . . quem eo jure *ad se pertinere noluit.* Wer aber zweifelt, ob man von der Dereliction auf die Occupation zurückschließen könne, der vergleiche L. 1. D. pro derelicto (41. 7). Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia *isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.*

Nicht anders wie bei Occupation und Dereliction wird bei der Tradition der Wille Eigenthum zu übertragen und zu erwerben erfordert. Mag immerhin der Erwerber die Sache zunächst als „Gut" denken, das er gebrauchen, genießen, verwerthen will, so will er doch eben deshalb die Sache so haben, daß er dieses alles mit ihr thun darf. Eine Sache so haben wollen, daß man sie unbeschränkt als „Gut" behandeln und verwerthen darf, während Andere sie nicht als „Gut" behandeln dürfen, das ist aber nichts Anderes als Eigenthümer sein wollen, nur daß vielleicht der Eigenthumsbegriff (was unsern oben gegebenen Ausführungen entspricht) nicht in seiner abstracten Construction erkannt, sondern in seiner practischen Gesammtwirkung angeschaut wird. Daß die Quellen sehr häufig die Absicht Eigenthum zu übertragen in den verschiedensten Wendungen erwähnen, wird selbst von den Gegnern nicht bestritten, und die von Lenel angeführten 10 Belegstellen lassen sich leicht vermehren. Wenn er aber dazu bemerkt, in keiner dieser

[1]) Anomale Fälle, wo der Wille Eigenthümer zu werden durch die Annahme, die Sache sei eine fremde, ausgeschlossen ist, sind später zu besprechen.

Stellen sei „Eigenthums- und Sachübertragungsabsicht in Gegensatz" gestellt, so ist darauf zu antworten, daß ein solcher „Gegensatz" auch nach unserer Ansicht gar nicht besteht. Eigenthum übertragen ist ja nichts Anderes als die Sache in die vom Recht anerkannte unbeschränkte Herrschaft eines Andern bringen [1]). Wenn man das Sachübertragung nennt, so ist das allerdings ein ungenauer Ausdruck §. 40. J. de R. D. (2. 1); aber die Ungenauigkeit bleibt auch bei der gegnerischen Ansicht, nur daß man statt „zu Eigenthum" „zu vollem wirthschaftlichen Genuß" oder Aehnliches ergänzen muß.

Wir sind bei der Besprechung der Occupation, Dereliction und Tradition verhältnißmäßig ausführlich zu Werke gegangen, weil auf diesem Gebiete am ersten eine Täuschung droht; im übrigen dürfen wir uns auf kurze Bemerkungen beschränken. Die Absicht bei der Servitutenbestellung ist nicht nur „die Sache als Gut dem Andern zum Genuß nach der bestimmten Richtung zu überlassen" (a. a. O. S. 186). Das kann auch precario, oder kraft obligatorischen Vertrages, das kann als Prädial- oder Personalservitut eingeräumt werden; auch die Rechtsfolge, eben das Precarium, die Verpflichtung, die Personalservitut, die Prädialservitut muß gewollt sein, und es ist Aufgabe der Interpretation aus dem gewählten Ausdruck, den sonstigen Abmachungen, den begleitenden Umständen aller Art zu schließen, welches dieser Rechtsverhältnisse den Parteien (nicht etwa in abstracter Construction) sondern in seiner concreten Anschaulichkeit vorgeschwebt habe.

Daß man beim Pfandvertrag nicht nur den Willen hat, daß factisch ein bestimmtes Gut dem Gläubiger zur Sicherheit diene (S. 195 ff.), sondern daß der Pfandgläubiger auch ein „Recht" haben will, die Sache zur Befriedigung seiner Forderung heranzuziehen, geht wohl am einfachsten daraus hervor, daß man als das

---

[1]) Auf die L. 9. § 4. D. de juris et facti ign. (22. 6) ist hier noch nicht eingegangen, da ihr Lenel selbst die Beweiskraft für seine Theorie abspricht.

jus vendendi noch nicht stillschweigende Folge der Verpfändung war, ein pactum de vendendo hinzufügte, jetzt es fortläßt.

Auf dem Gebiet der obligatorischen Verträge wird von den Gegnern zwar zugestanden, daß die Absicht sich zu binden erforderlich sei, aber die Absicht sich rechtlich zu binden wird für überflüssig erklärt. Es genüge der Wille sich durch die Macht des Gewissens, den Antrieb der Sitte, der Ehre, des Anstands zu binden. Die Probe ist leicht gemacht. Ich verspreche einem Freunde: Ich will Dir 3 Jahre lang jährlich tausend Mark geben, und darauf kannst Du dich fest verlassen, da ich noch niemals mein Wort gebrochen habe; aber juristisch mich verpflichten, will ich nicht; denn ich liebe es nicht, daß mir Jemand mit dem Richter drohen kann. Hier ist die Absicht sich im Gewissen zu binden ganz sicher ohne die Absicht sich rechtlich zu binden vorhanden; aber ich glaube auch, kein Richter der Welt wird eine Klage für zuläßig erklären.

Was speciell die Realverträge betrifft, so genügt es auf einige Stellen hinzuweisen:

L. 3. § 1. D. de obl. et act. (44. 7) Non satis autem est, dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam *hoc animo* dari, et accipi, *ut obligatio constituatur*.

L. 19 pr. D. de reb. cred. (12. 1) Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed *quoties id ipsum agitur ut confestim obligaretur*.

L. 8 eodem . . . . dem tibi mutuos nummos, *ut* . . . . *tui fiant, sisque mihi obligatus*.

L 20 eodem: creditam non esse (sc. pecuniam) quia exsolvendi causa magis daretur, quam *alterius obligandi*.

Die bekannte Meisterschaft der römischen Juristen in der Auslegung der Parteiabsicht läßt wohl die Annahme (a. a. O. S. 204 Anm. 63) als sehr gewagt erscheinen, daß hier der Willen zurückzuhaben „mit der Absicht zur Zurückgabe zu verpflichten verwechselt"

wäre. Vielmehr schließen wir mit den römischen Juristen richtig: Eben weil beim Darlehen, Depositum, Commodatum u. s. w. der Hingebende sicher zurückhaben will, will er den Empfänger zu der Rückgabe verpflichten. Er will nicht nur den Zweck, sondern auch das Mittel, welches ihm die Erreichung dieses Zweckes sichert.

Ganz in gleicher Weise ist auch bei den Consentualcontracten zwar die Absicht einen wirthschaftlichen (oder gesellschaftlichen) Erfolg zu erreichen vorhanden; aber gerade zu diesem Zweck beabsichtigen die Contrahenten eine gegenseitige rechtliche Gebundenheit. Freilich tritt bei den Geschäften des täglichen Lebens der Gedanke an diese rechtliche Gebundenheit sehr zurück und um so mehr, je häufiger sie vorgenommen werden; aber damit wiederholt sich nur eine psychologische Erscheinung, die auf allen Gebieten des Lebens gilt. Je häufiger wir die gleichen Handlungen als Mittel zu gewissen Zwecken vornehmen, um so gewohnheitsmäßiger sonach diese Handlungen werden, um so mehr treten sie in Bewußtsein und Willen in den Hintergrund. Der geübte Jäger denkt kaum noch an das Zielen und Abdrücken, es prädominirt völlig Vorstellung und Wille das Wild zu erlegen. Gleichwohl wird Niemand behaupten, er habe diese Mittel zum Zwecke überhaupt nicht mehr vorgestellt und gewollt. So mag auch beim Kaufcontract der Käufer ganz vorwiegend an das factische Empfangen der Waare und die factische Zahlung gedacht haben, ohne daß wir darum behaupten dürfen, er habe sich und dem Gegner nicht zum Leisten müssen verpflichten wollen.

Wo aber in Wahrheit die Absicht rechtlicher Gebundenheit fehlt, wie z. B. in vielen Fällen gesellschaftlicher Verabredungen, da fehlt auch die obligatorische Folge, selbst wenn alle anderen Voraussetzungen derselben, insbesondere auch ein genügendes Interesse, vorliegen. Eine Einladung zum Mittagessen enthält ohne Zweifel die Zusage Jemanden zu speisen. Das „Vertrauen" gespeist zu werden und ein Interesse sind bei dem Annehmenden ebenfalls vorhanden.

Die rechtliche Folge (also z. B. die Schadensersatzklage bei Abbestellung) fehlt lediglich, weil die Zusage als rein gesellschaftliche, ohne die Absicht sich rechtlich zu verpflichten, erfolgt ist.

Auch auf dem Gebiete des Erbrechtes wiederholt sich die gleiche Erscheinung. Dem Testator ist der Erbe nicht nur „der Mann, der an seiner Statt mit Haus und Hof, mit Geld und Gut wirthschaften wird" [1]), (kann doch der Testator sehr wohl wissen, daß der Erbe in wirthschaftlicher Beziehung gerade den Gegensatz seiner selbst bilden wird). Zum Erben Einsetzen heißt vielmehr auch dem Laien, Jemanden in Bezug auf das Vermögen rechtlich an die Stelle setzen, wo der Erblasser stand; ihm die von Jedermann zu respectirende Herrschaft über Alles das geben, was der Erblasser hatte. Daß, wo keine oder nur ganz minimale Schulden vorhanden sind, der Gedanke an diese zurücktritt, mag richtig sein. Je bedeutender aber die Schulden sind, um so mehr wird die Haftung des Erben für dieselben ins Bewußtsein treten. Man braucht nur eine Anzahl von Testamenten und Anschlagsverträgen einfacher Bauern gesehen haben, um sich von der sorgfältigen Rücksichtnahme auf die Höhe der vorhandenen Schulden zu überzeugen. Uebrigens wiederholt sich auch hier das oben Gesagte. Der Testator braucht nicht die abstracte Folge der Universalsuccession zu wollen. Ihm schwebt ein Gesammtbild der practischen Folgen vor, das er verwirklichen will, wie er es durch Erfahrung in andern Erbfällen beobachtet hat. Indem er ein Verhältniß mit solchen practischen Folgen will, will er die Universalsuccession in practischer Anschauung.

§. 4. b) Die Ansicht Bechmann's.

Haben wir im vorigen § die allgemeinen Gründe für das Erforderniß der Absicht von Rechtsfolgen entwickelt, so erübrigt noch

---

[1]) a. a. O. S. 239.

eine genauere Prüfung besonders gearteter Fälle, welche am besten an die von Bechmann [1]) aufgestellte, in der Hauptsache als Neuformulirung der Lenel'schen Theorie erscheinende Ansicht anschließt.

Bechmann verlangt zum Rechtsgeschäft nicht die Absicht Rechtsfolgen hervorzurufen, sondern nur die von ihm sog. empirische Absicht. Was der Inhalt derselben sei, wird allgemein nirgends gesagt. Bechmann verwahrt sich nur

1) dagegen, daß man die erforderliche Absicht als öconomische bezeichne; dabei seien die Geschäfte des Familienrechts unberücksichtigt, und auch für das Gebiet des Vermögensrechts sei die Auffassung der Absicht als rein öconomischer einseitig und irreführend.

2) Verwahrt er sich gegen die Verwechselung der empirischen Absicht mit dem Motiv. Gegenüber dem wechselnden Motiv (der Jäger will die Beute verkaufen, verzehren, verschenken) sei die empirische Absicht allen Rechtsgeschäften derselben Art typisch; sie ist bespielsweise bei der Occupation wilder Thiere auf Aneignung derselben gerichtet und beim jagdberechtigten Jäger wie beim Wilddiebe ein und dieselbe, beim Kauf auf Erwerb eines Gutes gegen Geld.

3) Sodann wird hervorgehoben, daß diese typische Absicht auch bei solchen Geschäften besteht, denen die rechtliche Sanction noch völlig fehlt, und bei Rechtsgeschäften von der Vorstellung der rechtlichen Sanction völlig unabhängig ist.

4) Endlich werden als empirische Vorstellungen beispielsweise genannt: der Begriff der Verpflichtung (nach ethischer Anschauung), welche möglicher Weise ohne alle Vorstellung darüber bestehen könne, ob die Wirkung sich auf sittlichem, rechtlichem, socialem Gebiete vollziehen wird; ferner der Begriff des „Fürsichhabens

---

[1]) Der Kauf nach gemeinem Recht. II. S. 10 ff.

und Behaltens," Kaufens, Tauschens, Miethens, der gesellschaftlichen Verbindung, des ehelichen Lebens, endlich der Erbesernennung und Erbschaftsantretung, welche letzteren empirischen Vorstellungen erst durch Reception des römischen Rechtes bei uns eingeführt seien.

Suchen wir mit einer Widerlegung des Unrichtigen in dieser Ansicht die Verwerthung der zutreffenden darin enthaltenen und namentlich durch Bechmann's Beweisführung angeregten Gedanken zu verbinden.

I. Wenn die empirische Absicht vorhanden ist, sind nach unserer Ansicht im normalen Falle (von anomalen später) stets auch Rechtsfolgen gewollt. Im allgemeinen ist in dieser Beziehung auf die Erörterungen des vorigen § hinzuweisen; nur Weniges ist, unter specieller Rücksichtnahme auf Bechmann's Ansicht nachzutragen. Am meisten ist das Gesagte bei den Rechtsgeschäften, welche unmittelbar weder die Einwirkung auf eine Sache, noch auf eine bestimmte Person (deren Treue etwa gebunden werden soll) enthalten. Das nächste Beispiel bieten testamentarische Verfügungen. Eine Erbeseinsetzung (ein Legat u. s. w.) ist ohne die Vorstellung der allgemeinen Anerkennung von Erbeseinsetzungen gar nicht denkbar. Ohne das Bewußtsein, daß der im Testament geäußerte menschliche Wille nach dem Tode des Testirenden vom Rechte getragen und ausgeführt wird, kann ich gar nicht auf den Gedanken kommen, mein Vermögen hierdurch einem Dritten zu übermachen, denn direct wirkt ja mein Wille auf mein Vermögen (meine Güter) gar nicht ein [1]. Will ich nun Jemandem meine Güter (empirisch gedacht) hinterlassen und wähle ich das Mittel von dem ich im allgemeinen weiß, also bei normalen Verhältnissen auch für den concreten Fall schließe,

[1]) Testamente sind daher auch in Deutschland vor ihrer Sanction durch Reception des römischen Rechts (bezw. in der Uebergangszeit vor dem Glauben an die Sanction) nicht vorgekommen.

daß es diese Folge vermittelst einer Rechtswirkung hervorruft, so zeigt sich daraus klar, daß ich auch die Rechtswirkung, eben als Mittel zur Herbeiführung der empirischen Folge, gewollt habe[1]).

Aber auch für diejenigen Geschäfte, die ohne Sanction (bezw. ohne den Glauben an dieselbe) denkbar sind, gilt im normalen Falle Gleiches. Es ist gewiß richtig, daß in Rom gekauft, gemiethet u. s. w. ist, bevor diese Geschäfte rechtlich banden, und daß damals der Contrahent sich lediglich auf die Treue der Gegenpartei verließ, während wie die Wirkung, so auch die Absicht rechtlicher Bindung fehlte; seitdem aber diese Geschäfte Rechtsgeschäfte geworden sind, ist zu diesem empirischen Willen factischer Folgen auch das Wollen rechtlicher Bindung hinzugetreten. Auch dies ist, wenn wir Bechmann's Terminologie fortsetzen, ein empirisches Wollen, die Rechtsfolgen werden nicht (oder doch nicht nothwendig) in dogmatischer Abstraction, sondern als practische, durch die Erfahrung gewonnene Vorstellung gewollt. Vorhanden aber ist dieser empirische Wille von Rechtsfolgen darum nicht weniger. Wer heutzutage kauft, will nicht nur Güter für Geld erwerben, sondern er will eben als Mittel zu diesem Erwerb auch den Verkäufer zur Leistung verpflichten.

II. Trotzdem glaube ich, daß auch jetzt noch Fälle vorkommen können, wo die empirische Absicht ohne Rechtsabsicht vorhanden ist oder umgekehrt. Es kann dies zunächst gerade auf der Absicht der Parteien beruhen.

1) Jemand, der vom sog. Oralfideicomiß nichts weiß, sagt zu seinem zukünftigen Erben: „Du sollst dem X. wegen der treuen

---

[1]) Anders natürlich, wenn ich annehme, daß meiner Handlung aus irgend einem Grunde die Kraft, die Rechtswirkungen und vermittelst derselben die empirischen Folgen hervorzurufen, fehle; aber hoffe und will, daß die empirischen Folgen dennoch, etwa durch Unkenntniß der Betheiligten von dem rechtlichen Mangel, oder durch den Respect meiner Angehörigen auch vor einem rechtlich ungültigen letzten Willen ins Leben treten. Solche anomale Fälle sind später zu besprechen.



Dienste, die er mir geleistet hat, nach meinem Tode 1000 auszahlen. Ich sage Dir das absichtlich nur mündlich, weil ich Dich rechtlich zu nichts verpflichten will; ich vertraue Deinem Gehorsam ohne rechtliche Verpflichtung." Die empirische factische Folge ist ernstlich gewollt; aber nur durch das Mittel ethischer, nicht rechtlicher Gebundenheit. Will nun Bechmann gegen den erklärten Willen des Erblassers ein Vermächtniß annehmen? Ich glaube nicht, daß er diesen Schluß machen würde; alsdann müssen wir aber seine Theorie modificiren und seine Deduction ändern; denn er begründet in dem Falle, daß Jemand absichtlich Mängel der Form herbeiführt und ihm dieser Versuch mislingt (die vermeintlich mangelhafte Form also untadelhaft ist), die Richtigkeit des Geschäftes durch den Mangel der ernstlichen empirischen Absicht, und dieser Mangel ist in unserm Beispiel nicht vorhanden.

Andre Beispiele wären: festes Versprechen einer Leistung unter Verwahrung gegen Uebernahme einer rechtlichen Verpflichtung[1]), Abschluß eines Geschäftes im Gebiet des gemeinen Rechtes ohne schriftliche Form (welche die nur mit dem Preuß. Landrecht bekannten Parteien zur Gültigkeit erforderlich halten) in der erklärten Absicht dies deshalb zu thun, weil man sich nur auf Manneswort, aber nicht rechtlich, so daß Einer dem Andern mit dem Rechte drohen könne, binden wolle. In allen diesen Fällen wird, meine ich, kein Richter das Geschäft für rechtlich verbindlich halten; damit aber wäre mindestens eine wesentliche Einschränkung des Bechmann'schen Princips gegeben.

2) Der Fall kann aber auch umgekehrt liegen. Die Rechtsabsicht kann vorhanden sein, während die entsprechende empirische Absicht mangelt. Ein verschwenderischer Mensch, der seine Schwäche kennt, überträgt, um sich an der Veräußerung oder Verpfändung

---

1) Näher ausgeführt oben S. 26.

seines Landgutes zu verhindern, das Eigenthum des Landgutes an einen zuverlässigen Mann, unter der Vereinbarung, daß ihm der unbeschränkte Genuß bei Lebzeiten verbleiben, daß der Erwerber sich jeder Einwirkung auf das Landgut enthalten und alsbald nach dem Tode das Eigenthum den Erben des Veräußerers zurückübertragen solle. Das Eigenthum geht über, aber die empirische Absicht, die Sache dem Empfänger als Gut zu übertragen, liegt in keiner Weise vor. Er hat sie so wenig, daß er das Landgut vermuthlich nie als „mein Landgut," sondern als „dein Landgut" bezeichnen wird. Formal Eigenthümer soll und will er werden, sich empirisch gedacht die Sache aneignen will er nicht. Er will nur in einer einzigen Beziehung und da auf das Recht, nicht die Sache, einwirken können [1]), nämlich durch die bestimmt vorgeschriebene dereinstige Veräußerung an die Erben.

Das Gleiche gilt mehr oder weniger von allen den Fällen, wo eine empirische Absicht, welche direct nicht erreichbar ist, durch das Zusammenwirken mehrerer Rechtsgeschäfte erreicht werden soll. Fast immer wird hier die eine oder andre Wirkung der einzelnen Geschäfte empirisch nicht gewollt, und nur durch das Zusammentreffen der mehreren Rechtsfolgen die empirische Absicht verwirklicht. Für die Gültigkeit der einzelnen Geschäfte aber wird lediglich nach dem Wollen der einzelnen Rechtswirkung gefragt [2]).

Ferner aber gehören hierher auch die Fälle, wo empirisch (wirthschaftlich, ethisch, thatsächlich) gar keine Aenderung beabsichtigt ist, vielmehr nur ein anderes Mittel der rechtlichen Realisirung geschaffen werden soll, wie z. B. bei einer Novationsstipulation, welche

[1]) Ich spreche hier nur von der Absicht, nicht von dem Erfolge, der hier in Folge des Wollens der Eigenthumsübertragung über den Inhalt des empirischen Willens weit hinaus geht.

[2]) Uebertragung des Eigenthums zu Pfandzwecken oder als verstärktes Depositum; andre sog. fiduciarische Geschäfte bei Regelsberger, Archiv f. civ. Pr. 63 S. 173 u. Derselbe in Endemann's Handb. II. S. 409.

lediglich eine Verbalobligation gleichen Inhalts an die Stelle einer Obligation aus anderem Rechtsgrunde setzen will.

Fassen wir Nr. 1 und 2 zusammen: So oft entweder nur der empirische Wille vorhanden ist, während der Rechtswille absichtlich nicht gefaßt ist, oder umgekehrt nur die Rechtsabsicht, während die empirische mangelt, entscheidet für die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Geschäftes stets nur das Vorhandensein der Rechtsabsicht, nicht der empirischen.

III. Es ist mir keineswegs entgangen, daß man das Gesagte zum Theil dadurch bekämpfen kann, daß man die empirische Absicht in einer Weise auffaßt, die sich der Rechtsabsicht immer mehr nähert bis zum Verschwinden jedes Unterschiedes; allein darin zeigt sich gerade ein weiterer Mangel der nur empirische Absicht erfordernden Geschäftstheorie. Der Inhalt der empirischen Absicht ist, wie wir gesehen haben, von Bechmann nicht allgemein angegeben [1]), und er kann auch nicht allgemein angegeben werden, weil keine Formulirung das Verschiedenartige, was Bechmann unter diesen Begriff bringt, zu umfassen vermag. Dies führt einen doppelten Nachtheil herbei.

Erstens entsteht eine außerordentliche Unsicherheit, ein Mangel jeder Gewähr gleichmäßiger Entscheidungen. Das Beispiel einer von Bechmann selbst erörterten Frage wird am besten zeigen, daß man in die empirische Ansicht schließlich Alles hineinlegen und deshalb auch Alles aus ihr wieder herausnehmen kann.

Ueber den Fall des sog. error in dominio finden sich in den Quellen folgende Regeln anerkannt:

a. Wenn der wahre Eigenthümer (etwa in Folge von Auftrag oder Vormundschaft) beabsichtigt das Eigenthum eines Andern,

---

[1]) Wir erfahren nur, womit man sie nicht verwechseln dürfe, daß sie ohne Bewußtsein von der Sanktion und vor einer solchen bestehen könne, und im übrigen — Beispiele.

den er irrthümlich für den Eigenthümer hält, zu übertragen, so geht sein Eigenthum (weil er dieses nicht übertragen wollte) nicht über, die Tradition ist nichtig [1]).

b. Wenn der vermeintliche Eigenthümer im Auftrage des wahren Eigenthümers sein eigenes (gar nicht bestehendes) Eigenthum übertragen will, ist die Tradition gleichfalls nichtig [2]).

c. Wenn aber der Veräußerer, der das Eigenthum eines Anderen übertragen will, im Moment der Veräußerung diesen ohne es zu wissen, bereits beerbt hat, so geht das Eigenthum über [3]).

Mit der Bechmann'schen Theorie sind diese Entscheidungen m. E. in keiner Weise zu vereinen. Entweder wir verstehen unter der empirischen Absicht des Tradenten nur die Absicht dem Empfänger die Sache als Gut zu überweisen, dann sind die Entscheidungen a. und b. nicht gerechtfertigt; oder wir verstehen die empirische Absicht dahin, daß die Sache gerade aus dem Güterkreis des Tradenten (bezw. Auftraggebers 2c.) auf den Empfänger übergehen soll; dann verstehen wir die Regel sub c. nicht. Wie hilft sich Bechmann? Er meint die empirische Absicht sei darauf gerichtet, die Sache aus einem bestimmten Vermögen auszuscheiden und dies werde auch in dem Fall c. erreicht; der Veräußerer scheide in der That aus jenem Vermögen aus, auf das sich seine Absicht richtete, nur wisse er nicht, daß dieses Vermögen inzwischen sein eigenes geworden sei. Bechmann operirt also mit dem Begriffe des von dem Wechsel seiner Inhaber unabhängigen Vermögens, aus diesem auszuscheiden ist empirische Absicht. Ich würde

---

1) L. 35. D. de acqu. rer. dom. (41. 1) L. 49. D. mandati (17. 1) erster Fall, v. Ihering'sche Interpretation.

2) L. 15. § 2. D. de contr. emt. (18. 1) L. 49. D. mandati zweiter Fall.

3) L. 41. D. de reb. cred. (12. 1.) Die Stelle wird weiter unten besprochen werden, namentlich auch was die genauere Abgrenzung des unter c. Gesagten betrifft.

dieselbe eher hyperjuristisch nennen [1]); die Kautschuknatur des Begriffes der empirischen Absicht aber dürfte kaum schlagender dargethan werden können.

Der zweite Uebelstand besteht in der Schwierigkeit der dadurch dem Richter gestellten Aufgabe. Nach unserer Auffassung des rechtsgeschäftlichen Willens ist dieselbe verhältnißmäßig leicht. Die Wirkung der Rechtsgeschäfte ist ihm bekannt. Er prüft, ob dieselben, sei es in klar juristischer Auffassung, sei es, wie regelmäßig, in practischer Anschauung, gewollt seien. Ganz anders nach der Bechmann'schen Ansicht. Hier gilt es vor Allem sich klar zu machen, welche empirische Absicht das einzelne Rechtsgeschäft erfordert und das ist keine leichte Arbeit, da die empirische Absicht mit den Wirkungen des Geschäftes nicht unmittelbar zusammenhängt (wie sie denn z. B. beim Wilddiebe dieselbe ist, wie beim ehrlichen Occupanten) und zu dem eine im Resultate höchst unsichre Arbeit, wie schon oben gezeigt wurde.

§. 5. c) Würdigung des Princips; Ausnahme desselben.

Die bisherige Besprechung der Bechmann'schen Ansicht hat die m. E. richtige Auffassung vorbereitet, diese selbst aber bedarf, wenn ich sie auch der Anregung Bechmann's verdanke, wegen ihrer wesentlichen Abweichung selbständiger Entwicklung.

I. Die letzte Absicht der Rechtsordnung besteht nicht darin, den Menschen Rechte, Herrschaftskreise zur Bethätigung ihres Willens, sondern ihnen Güter zu gewähren, Dinge und Verhältnisse, welche zur Befriedigung wahrer menschlicher Interessen dienlich sind. Die Rechte sind nur Mittel zum Zweck. Ebenso ist auch bei den Geschäften, die wir Rechtsgeschäfte nennen, die letzte Absicht nicht auf Rechte sondern auf Güter gerichtet. Auch hier sind Güter der Zweck;

---

[1]) Die richtige Erklärung der Regel unter c. später.

Güter freilich, welche nicht immer für denjenigen, der die Rechte erwirbt, sondern auch für Andre bestimmt sein können [1]).

Es liegt also der Schluß nahe, daß auch der Wille nur auf das Erwerben, Aufgeben, Uebertragen, Verändern dieser Güter gerichtet sein brauche. Das Mittel dazu, nämlich die Rechte, welche das Gut sichern, gewähre dann die Rechtsordnung. Wer ein Rechtsgeschäft schließt, stände dann der Rechtsordnung in ähnlicher Weise gegenüber, wie etwa ein Kind dem Vater, wenn es ihm nur seinen Wunsch, nicht das Mittel zur Befriedigung ausdrückt, so daß dann der Vater seinerseits das passende Mittel aussucht und das Begehren befriedigt.

Allein diese Auffassung, obgleich scheinbar der Autonomie des Einzelnen den denkbar größten Spielraum gewährend, würde in Wahrheit zu schweren Uebelständen führen.

Daß mit ihr eine bedenkliche Ungewißheit und Zweifelhaftigkeit des Rechtszustandes verknüpft wäre, ist schon oben ausgeführt. Ich füge hinzu, daß sehr ähnliche factische empirische Erfolge sich oft durch sehr verschiedene Mittel erreichen lassen (durch Obligation oder dingliches Recht; durch Erbeseinsetzung des A und Nießbrauchslegat an B oder Einsetzung des B mit Universalfideicomiß an A u. s. w.). Haben nun die Parteien bei der Begründung nur an die ersteren gedacht, so ist über die Letztern nachträglich endloser Streit vorauszusehen, zu dessen richtiger Entscheidung auch dem Richter oft alle Vorbedingungen fehlen werden.

Dazu kommt, daß die (empirischen) Erfolge durch die Wahl der Mittel modificirt werden, und doch könnten sich die Parteien

---

[1]) Destinatäre und Berechtigte brauchen nicht identisch zu sein. Das Vermögen eines mit juristischer Persönlichkeit begabten Krankenverpflegungsvereins gehört dem Verein — Destinatäre sind die Kranken. Die Dos gehört dem Ehemann, Destinatäre sind beide Ehegatten. Es ließe sich denken, daß der Vormund Eigenthümer gewisser Mündelgüter würde, Destinatär bliebe der Mündel.



mit Recht über diese Modificationen beklagen, da dieselben durch von ihnen nicht gewählte Mittel entstanden wären.

Die Rechtsordnung nimmt daher einen anderen Standpunkt ein; sie gleicht dem Vater, der auf die Einsicht seines Sohnes bauend den Wunsch desselben nur durch die von dem Sohne selbst zu wählenden Mittel befriedigt. Sie verlangt nicht nur das Wollen empirischer Erfolge, sondern sie fordert, daß auch die Mittel gewählt, d. h. die Rechtswirkungen gewollt sind, durch welche die empirischen Erfolge hervorgerufen, oder garantirt werden sollen. Oft verlangt sie sogar wegen der besonderen Natur jener Rechtswirkung noch mehr: so beim Wechsel das Wort „Wechsel" als eine Beglaubigung dafür, daß nicht nur Rechtsverbindlichkeit, sondern gerade die besondere wechselmäßige Rechtsverbindlichkeit gewollt werde [1]), oder die Innehaltung einer bestimmten Form, in der sich die Natur der gewollten Rechtswirkung characteristisch ausprägt [2]), gewöhnlich aber genügt, wenigstens heutzutage, formlose Erklärung des auf die Rechtswir-

---

[1]) Aehnlich bei der alten Erbeseinsetzung das Wort „heres", bei der cognitoris datio das Wort „cognitor", bei den drei Stipulationsbürgschaften die ntsprechenden Worte u. s. w.

[2]) Nicht alle Formgeschäfte gehören hierher, aber doch ein großer Theil der älteren römischen Geschäfte. So spiegeln Mancipation und in jure cessio die Rechtsherrschaft über die Sache wieder, die Stipulation und vermuthlich noch deutlicher das Nexum bringen die obligatorische Haftung zum Ausdruck, die Acceptilation das völlige Erlöschen der Schuld gleichwie bei Zahlung, das Vindicationslegat die unmittelbare (dingliche) Verfügung über die Sache, das Damnationslegat die Schuld des Erben u. s. w. Gegen die Unterstellung, als meine ich, diese Formen seien in bewußter Absicht um des eben hervorgehobenen Grundes willen ersonnen, brauche ich mich nach v. Jhering's grundlegenden Erörterungen über den Formalismus nicht zu verwahren. Aber ich meine in dem unbewußten Drange die innerlich gewollte Rechtswirkung auch in der Form zu characteristischem Ausdruck zu bringen, zeigt sich das oben Gesagte fast noch deutlicher. Daß das ältere Recht, wenn die Form vorliegt, aus Gründen der Rechtssicherheit die Nachfrage nach dem Willen überhaupt ausschließt, steht damit selbstredend nicht im Widerspruch und liegt auf einem ganz anderen Felde.

kung gerichteten Willens. Nur auf einer solchen Grundlage konnte auch die später besonders zu erweisende Auffassung des Willens als Ursache der Rechtswirkung entstehen, denn eine solche ist nur, wenn der Wille die Rechtswirkung umfaßt, auf sie gerichtet ist, sie also (scheinbar) [1]) unmittelbar schafft, verständlich.

II. Da aber, wie wir gesehen, die Rechtswirkungen der Geschäfte nur als Mittel, nicht als Endzweck, von der Rechtsordnung wie von dem Einzelnen gewollt werden, da ferner beim Geschäftsabschluß das Wollen gerade rechtlicher Folgen nur aus Gründen der Klarheit und Sicherheit und um die Parteien selbst vor einer ungewollten Art der Realisirung ihrer Wünsche zu sichern, erfordert wird, so muß die letztere Regel Ausnahmen erleiden, wo der Endzweck der Rechtsgeschäfte es erfordert und jene Rücksicht auf Sicherheit nicht entgegentritt [2]).

In der That sind solche Ausnahmen im römischen Recht anerkannt. Zur rechten Würdigung derselben ist ein Vierfaches zu beachten.

A. In allen diesen Fällen ist nicht etwa nur eine empirische Absicht (im Sinne Bechmann's) vorhanden [3]), sondern es ist dieselbe materielle Folge gewollt, welche einer bestimmt vorgestellten Rechtsfolge entspricht.

B. Das wirkliche Wollen dieser Rechtsfolge selbst ist nur durch eine irrige Annahme verhindert, dergestalt, daß mit Sicherheit anzunehmen ist, ohne jene irrige Annahme würden sie gewollt sein.

---

1) Näheres darüber später.

2) Nur wer die Rechtsprincipien mit Naturgesetzen verwechselt, kann an dieselben die Anforderung der Ausnahmslosigkeit stellen. So Schloßmann, wenn er das Dogma der bindenden Kraft des Willens mit der Undulationstheorie des Lichtes vergleicht, darüber später.

3) Diese Absicht wird allerdings meist vorhanden sein, kann aber auch unbeschadet der Gültigkeit des Geschäftes fehlen.



C. Die Regel, daß das Geschäft, wenn die Voraussetzungen unter A. und B. vorliegen, gültig ist, wird von den Römern selbst als eine Ausnahme von dem allgemeinen Princip, daß die Rechtsfolgen gewollt sein müssen, bezeichnet.

D. Es giebt einige Fälle, in denen diese Ausnahmsregel aus besonderen Gründen nicht in Kraft tritt, also das Geschäft dem allgemeinen Princip entsprechend nichtig ist.

Eine kurze Durchmusterung der hier in Betracht kommenden Fälle [1]) wird das zeigen. Voran stelle ich die Fälle, in denen die Ausnahmsregel Platz greift.

1) Wenn ein Freier, welcher sich für einen Sclaven hält [2]), also den Willen für sich selbst Rechte zu erwerben oder sich selbst vollgültig zu verpflichten in Folge seines Irrthums nicht haben kann, ein Geschäft abschließt, so ist das Geschäft gleichwohl in seiner Person gültig [3]), aber nur unter den Voraussetzungen:

---

[1]) Zu dem folgenden ist namentlich zu vergleichen Jhering Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Jahrb. f. Dogm. Bd. 2. S. 155 ff., namentlich Anm. 85—87, Bechmann a. a. O. S. 21—37, Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 18. S. 136 ff., 473 ff., Zitelmann S. 541 ff., Windscheid, Pand. I. § 69. Anm. 1 a. (sechste Auflage.)

[2]) Vergl. außer den Genannten noch Pernice, Labeo II. S. 170. Schloßmann in Grünhut's Zeitschr. X. S. 592 ff.

[3]) Vergl. namentlich L. 13. §. 2. D. commidati. 13. 6. L. 54. pr. — § 4. D. de a. r. d. (41. 1) L. 118. D. de verb. obl. (45. 1) L. 19. § 2. L. 36. D. de neg. gest. (3. 5) L. 8. § 5. D. mandati (17. 1) L. 60. pr. D. de hered. inst. 28. 5. L. 19. D. de a. r. d. (41. 1) L. 74. § 2—4. D. de aqu. vel om. her. (29. 2). Daß die Juristen, mit Ausnahme des Celsus, die actio mandati troß Gültigkeit des Geschäftes ausschlossen, beruht nicht darauf, daß die empirische Absicht bei Mandat und negotiorum gestio auf freundschaftlicher und wohlwollender Gesinnung beruhe, sondern auf dem Mangel einer Voraussetzung des Mandatsvertrages. Die Freiwilligkeit der Uebernahme fehlt beim vermeintlichen Sclaven; er glaubt zu müssen quia non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili L. 18. (19) § 2. D. de neg. gest (3. 5). Das will auch das „non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit,“

a. daß nicht Umstände vorliegen, welche die Annahme, er werde von seiner Freiheit wissend, die Wirkung für sich selbst gewollt haben, ausschließen, wie namentlich, wenn er auf Befehl des Herrn eine Erbschaft angetreten hat [1]), es sei denn, daß er den Antritt doch auch seinerseits gewünscht hätte [2]).

Bei anderen Geschäften kann, so weit es sich um einen Erwerb handelt, ohne Weiteres angenommen werden, daß der Handelnde bei Kenntniß der Freiheit den Erwerb für sich selbst gewollt hätte; daher wird hier die allgemeine Regel aufgestellt, daß der bona fide serviens Alles, was er nicht aus besonderem Grunde (siehe b.) für den Herrn erwirbt, für sich selber erwerbe [3]). Was aber die vertragsmäßige Verpflichtung anlangt, so trifft diese, von besonderen Ausnahmen abgesehen (vergl. b.), gleichfalls dem bona fide serviens, da er ja (auch als Sclav) den Willen, sich, wenn auch nur naturaliter, zu verpflichten hatte, und der Herr höchstens mit der actio adjecticiae qualitatis haftete [4]).

L. 36 eodem besagen. Von dem vermeintlichen Herrn empfängt man Befehle, dem Freunde verpflichtet man sich freiwillig. Paulus redet im Anfang der Stelle ganz allgemein, also sowohl von dem Falle, daß ein Auftrag vorlag als von dem Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag. Er verneint alsdann die Zulässigkeit der actio mandati, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch klar genug durch die angeführten Worte, läßt aber allgemein, also auch für den Fall des Auftrages die neg. gestorum actio zu. Nach Bechmann's Auslegung, wenn ich ihn recht verstehe, denkt Paulus an den Fall des Mandats nicht, sondern verneint im Anfang das Vorhandensein einer neg. gestio, läßt dann die neg. gest. actio contraria aber doch zu.

1) L. 60. pr. D. de her. inst. 28. 5. L. 19. i. f. D. de a. r. d. 41. 1. L. 74. § 2. D. de a. vel om. her. 29. 2. L. 54. pr. D. de a. r. d. 41. 1.

2) L. 19. i. f. cit. L. 54. pr. cit.

3) L. 10. § 4. L. 54. § 4. L. 23. § 2. D. de a. r. d. (41. 1.) cfr. L. 20. pr. D. de stip. serv. 45. 3.

4) Daher ist hier kein Unterschied gemacht, ob der bona fide serviens auf Befehl des Herrn oder ohne einen solchen die Haftung übernahm. Vergl. die Stellen der Anm. 3 S. 40.

b. daß nicht besondere Umstände (welche mit unserer Frage nicht zusammenhängen) den Erwerb für den Herrn oder die Richtigkeit des Geschäftes begründen [1]).

Dies Alles stimmt vollständig mit der oben unter A. und B. entwickelten Regel überein. Ganz besonders aber ist hervorzuheben, daß die Quellen die Gültigkeit der von dem Pseudosclaven geschlossenen Geschäfte nicht auf ein allgemeines Princip zurückführen (wie Bechmann), sondern bald ignoriren, daß hier scharf genommen kein Wille der Rechtswirkung vorliegt und gleichwohl von einem solchen sprechen [2]), bald geradezu sagen, daß die Wirkung trotz des mangelnden Willens der Rechtsfolgen angenommen werde.

L. 13. § 2. D. commodati (13. 6) Pomponius. Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius ajebat, si jussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. *nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide*

---

[1]) Ein Freier, der als Sclave bona fide besessen wird, erwirbt dem vermeintlichen Herrn, was er auf Kosten des Vermögens desselben und was er durch seine Arbeit erwirbt. § 1. J. per quas pers. nobis acqu. 3. 28. L. 10. § 4. L. 19. L. 23. pr. L. 49. D. de a. r. d. 41. 1. Läßt er sich also auf Kosten des vermeintlichen Herrn etwas versprechen, also namentlich wenn ihm dieser selbst verspricht, so erwirbt er die Forderung für den vermeintlichen Herrn, d. h. im letzteren Fall: die Forderung ist ungültig, da Gläubiger und Schuldner sonst ein und dieselbe Person wäre. L. 118. pr. D. de V. O. (45. 1) vergl. Bechmann S. 23. Ueber den Ausschluß des Besitzes und der Usucapion in diesem Falle Mandry Familiengüterrecht I. S. 75.

[2]) So Celsus in L. 60. pr. D. de her. inst. (28. 5), indem er die beiden Fälle einander gegenüberstellt, wo der Pseudosclav die Erbschaft necessitate antritt und wo er es thut quod vellet obligari. vergl. auch L. 19. i. f. D. de a. v. om. her. (29. 1).

nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.

Bechmann meint: Pomponius stehe der modernen Ansicht, welche den Rechtserfolg mit in die Absicht hineinzieht, besonders nahe, und glaubt einen Gegensatz zu Labeo zu bemerken; aber dieser Gegensatz ist gar nicht vorhanden. Labeo giebt nur für seine Entscheidung keine Begründung, Pomponius giebt eine solche und damit ein Zeugniß von der Richtigkeit sowohl des von uns angenommenen Princips „das Geschäft erfordert das Wollen der Rechtsfolgen," als auch des Ausnahmscharacters der hier besprochenen Fälle.

Kohler [1]) zu dessen Auffassung des rechtsgeschäftlichen Willens die Stelle den schneidendsten Gegensatz bildet, meint freilich, der Pomponius mache sich hier einer „lahmfüßigen Argumentation" schuldig, „denn dieser Jurist übersehe ja vollkommen, daß es sich nicht um eine außercontractuelle condictio handelt, sondern um die contraktuelle actio mandati;" allein diesen Vorwurf, der einem zur Zeit des Formularprocesses lebenden römischen Juristen gegenüber doch wohl etwas ganz besonders Bedenkliches hat, braucht sich Pomponius keineswegs gefallen zu lassen. In der Hauptsache sind die von Pomponius in Parallele gestellten Fälle gleich: Eine Willenserklärung erzeugt in beiden eine nicht gewollte Folge. Der Unterschied, daß in einem Fall Contractsklage stattfindet, der Contract also als gültig behandelt wird, im zweiten von einer Contratsklage (welcher?) überhaupt nicht die Rede sein kann, tritt gerade für denjenigen Juristen am meisten zurück, dem es auf die materiellen Rechtsfolgen und nicht auf die Constructionen am meisten ankommt.

---

1) Autorrecht. Jahrbücher f. Dogmatik. Bd. 18. S. 138.

2) Analoge Entscheidungen finden sich für den Erbschaftsantritt, den ein paterfamilias vornimmt, welcher sich irrthümlich für einen filiusfamilias hält [1]).

3) Einen besonders schlagenden Fall enthält die L. 9. § 4. D. de juris et facti ignorantia (22. 6) Paulus. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, *plus in re est, quam in existimatione mentis:* et ideo *tametsi existimet se non a domino emere, tamen,* si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

Daß der Käufer trotz seines Glaubens von einem Nichteigenthümer gekauft zu haben durch die Tradition realiter in dieselbe Lage kommen will, als sei er Eigenthümer geworden und an dem Fassen eines auf den Rechtserfolg des Eigenthumserwerbes gerichteten Willens lediglich durch den Irrthum verhindert ist, bedarf keiner Darlegung. Deshalb geht ganz nach der oben entwickelten Ausnahmsregel Eigenthum über. Der Jurist betont aber auch hier scharf, daß es sich um eine Ausnahme vom allgemeinen Princip handelt tametsi existimet .... tamen etc. und rechtfertigt diese Ausnahme durch den rechtssprüchwörtlichen Satz, daß die Gesammtlage des Rechtsverhältnisses eine solche sei, daß sie den Mangel der richtigen Vorstellung (und den daraus resultirenden Mangel des Eigenthumserwerbswillens) überwiege. Es ist also ganz unzuläſſig den Ausspruch des Paulus auf ein (wie auch nur gestaltetes) allgemeines Princip zurückzuführen [2]).

---

[1]) L. 6. § 4. D. de a. vel. om her. (29. 2). Der zweite Satz setzt die Bekanntschaft mit dem Tode des Vaters voraus, was auch aus dem „magis admittit" am Schlusse hervorgeht. „Sogar beim Zweifel, ob der Vater gestorben und man paterfamilias geworden, ist der Antritt gültig; um wie viel mehr, wenn man es weiß, also offenbar der Befehl des Vaters nicht mehr das Entscheidende gewesen sein kann. Vergl. ferner L. 21. D. de cond. 35. 1.

[2]) Dies hat außer Bechmann auch Zitelmann (Irrthum S. 546) versucht. Letzterer glaubt die Stelle ihres Ausnahmscharacters dadurch entkleiden zu können, daß er argumentirt: „Der Empfänger erwirbt hier, weil seine

4. Im umgekehrten Fall, wo der tradirende Eigenthümer sich nicht für den Eigenthümer hält, gleichwohl aber, wie wenn er Eigenthümer wäre (also nicht etwa kraft Auftrages eines Andern mit der Willensrichtung auf dessen Eigenthum), tradirt, müssen wir dasselbe annehmen, und ebenso, wenn Beide den Irrthum theilen. Zwar fehlt hier ein Quellenzeugniß. Ein solches findet sich aber für den analcgen Fall der Manumission und wird wiederum durch Berufung auf den Satz: plus in re u. s. w. als Ausnahme von dem allgemeinen Princip bezeichnet.

L. 4. § 1. D. de manum vind. (40. 2).

Julianus. Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est, voluntate domini servum manumissum, et ideo liber erit. et e contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse, *nihilo minus libertatem contingere. plus enim in re est, quam in existimatione* et utroque casu verum est Stichum voluntate domini manumissum esse. idemque juris est etsi dominus et servus in eodem errore essent, ut neque ille se dominum nec hic se servum ejus putaret.

5. Mit dem zuletzt besprochenen Falle ist auch in gewisser Beziehung die bekannte Entscheidung analog, daß das Legat einer eigenen Sache, welche der Testator für eine fremde hielt, gültig ist.

§ 11. J. de legatis (2. 20). Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum, *nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione.* sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

Zwar die Gültigkeit des Legates an sich (nach neuerem Recht) ergiebt sich ohne jede Berufung auf die Ausnahmsregel, denn, da

---

Absicht darauf geht, so viel Recht an der Sache als irgend möglich zu erwerben." Daß das nicht angeht, hat Lenel S. 181 gezeigt. Es entspräche auch nicht der Ansicht des Paulus, der die Entscheidung ja als Ausnahme behandelt.

nicht nur eigene, sondern auch fremde Sachen vermacht werden können, und man auch eigene Sachen weit eher wie fremde vermachen wird, war die Annahme, die Sache sei eine fremde, für den Willen des Testators indifferent. Er wollte die Sache zuwenden und den Erben zur Verschaffung der Sache an den Legatar obligiren, und diese, also genau die beabsichtigte Rechtswirkung tritt ein. Die Berufung „plus in veritate est, quam quod in opinione" scheint ganz überflüssig. Aber Alles dies gilt nur für die obligatorische, nicht für die dingliche Wirkung des Legates. Die letztere kann, wenn die Sache für eine fremde gehalten wurde, nicht gewollt sein, und ich nehme allerdings auf Grund unserer Stelle, die doch sonst die regelmäßige Wirkung des Legates eigener Sachen hätte ausschließen müssen, sowie nach der Consequenz unserer Ausnahmsregel gegen Zitelmann[1]) dingliche Wirkung an.

Besonders scharf trat diese Ausnahme beim alten Vindicationslegat hervor, und ich glaube in der That, daß das Vorbild aus dem die Verfasser der Justinianischen Institutionen die Stelle mit einigen Veränderungen entnommen haben (vermuthlich in ähnlicher Weise wie so vieles Andre aus Gajus), in der That vom Vindicationslegat sprach, und in der jetzigen allgemeineren Fassung aufgenommen ist ohne Beachtung des Umstandes, daß der Satz „plus valet" ꝛc. nicht zur Rechtfertigung der Gültigkeit des Legates an sich, sondern nur der dinglichen Wirkung desselben dient und daß diese in dem veränderten Wortlaut wenigstens ausdrücklich nicht mehr ausgesprochen war[2]).

Die Rechtfertigung der Hauptentscheidung ist einfach. Der Testator zeigt, indem er das Vindicationslegat anordnet, daß er den

[1]) Irrthum u. Rechtsgeschäft. S. 544 ff.

[2]) Auch für das ältere Recht kommt das S. C. Neronianum natürlich bei unsrer Frage gar nicht in Betracht, da es sich nur auf die in der gewählten Form ungültigen Legate bezieht, während hier das Legat nach dem Satze „plus etc." in der gewählten Form gültig ist.

Legatar materiell in dieselbe Lage, als wenn er Eigenthümer werde, versetzen will [1]). An der Fassung des Willens ihn de jure zum Eigenthümer zu machen, ist er nur durch die irrige Annahme, die Sache sei eine fremde, verhindert, denn als eigene würde er die Sache um so mehr vermacht haben.

Zweifelhaft aber erscheint die Anwendung auf den Fall, wo der Testator glaubte, daß die Sache dem Legatar selber gehöre; denn wenn ich Jemandem zuwenden will, was ihm schon gehört, so ist noch nicht sicher, daß ich es auch aus meinem eigenen Vermögen zugewandt haben würde. Die das römische Recht beherrschende Neigung letztwillige Verfügungen womöglich aufrecht zu erhalten, hat gleichwohl auch für diesen Fall die gleiche Entscheidung herbeigeführt, so daß also das Legat nur dann (nach den bekannten Grundsätzen über den Irrthum im Beweggrunde bei Vermächtnissen) ungültig ist, wenn gezeigt werden kann, daß es ohne jenen Irrthum nicht hinterlassen sein würde [2]).

6) Ein weiteres Beispiel bietet die schon oben beiläufig erwähnte L. 41. D. de rebus creditis (12. 1). Ein, mit der Führung des Schuldbuches (dem Ausleihen von Geldern u. s. w.) beauftragter Sclav hat nach dem Tode des Herrn als dessen necessarius heres, aber ohne von diesem Tode und seiner Erbenqualität zu wissen, Geld ausgeliehen. Diese Veräußerung ist gültig. Hatte er Miterben so ist sie natürlich nur für seinen eigenen Theil gültig.

---

[1]) Denken wir z. B. ein Dieb vermacht eine Sache, in der Meinung, daß er auch diese Sache gestohlen habe, während er sie in der That gekauft hatte.

[2]) Jemand vermacht der Dresdener Gallerie ein Bild in der irrigen Annahme, dasselbe sei von seinem Vater, den er beerbt hat, aus dieser Gallerie entwendet, während der Vater es in Wahrheit gekauft und zu Eigenthum erworben hatte. Das Vermächtniß ist nur dann als ungültig zu betrachten, wenn anzunehmen ist, es wäre ohne jenen Irrthum nicht angeordnet, es ist also z. B. gültig, wenn noch andere Bilder, für welche jene Annahme nicht vorlag, vermacht wurden.



Dieser Fall unterscheidet sich wesentlich von dem unter 4) besprochenen; denn hier tradirt der Eigenthümer, der sein Eigenthum nicht kennt, in Folge des Auftrages, also mit der Absicht das Eigenthum seines Erblassers zu übergeben, während er in dem Falle unter 4), wie wenn er selbst Eigenthümer wäre, tradiren resp. manumittiren will [1]).

Daß die Stelle zu unserm oben aufgestellten Ausnahmsgrundsatz paßt, bedarf keiner Darlegung. Zweifelhafter würde sein, ob der in L. 41 ausgesprochene Satz auch dann Anwendung finden würde, wenn es sich um eine Schenkung (um die Schenkung selbst, nicht etwa um Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens) handelte. Ich würde die Anwendbarkeit nach dem oben unter B. aufgestellten Grundsatz verneinen und finde dafür eine Bestätigung in den gleichfalls hierher gehörigen

7) L. 4. pr. D. de manum. vindicta (40. 2).

Julianus. Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, cum non appareat mutata esse domini voluntas. sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et ante quam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem: nam si mutata fuerit, non erit verum volente patre filium manumisisse.

und L. 15. § 1. D. qui et a quibus man. 40. 9.

Paulus. Julianus ait, si postea, quam filio permisit pater

---

1) Für unzutreffend halte ich es daher, wenn Bechmann die beiden Stellen zusammenstellt. Analoge Fälle behandeln einerseits L. 9. § 4 cit., und (umgekehrt) L. 4. § 1 cit., andererseits L. 41 cit. und die alsbald folgende L. 4. pr. und L. 15. § 1.

manumittere, filius ignorans patrem decessisse manumisit vindicta, non fieri eum liberum, sed et si vivit pater et voluntas mutata erit, non videri volente patre filium manumisisse.

Wie man auch das Verhältniß dieser Stellen zu einander denken möge [1]), so viel geht jedenfalls aus ihnen hervor, daß die Manumission, wenn überhaupt, nur favore libertatis gültig ist. Andre unentgeltliche Veräußerungen, wie namentlich die schenkungshalber erfolgte Tradition sind also für nichtig zu halten, wenn sie in Folge eines Auftrages des Eigenthümers nach dem Tode desselben ohne Kenntniß dieses Todes von dem beauftragten ipso jure Erbe gewordenen Hauskind (oder Sclaven) des Verstorbenen vorgenommen werden.

8) Wenn der Schuldner in der Absicht eine bestimmte Schuld zu tilgen, einem wirklich Empfangsberechtigten zahlt, so ist es gleichgültig, ob dieser gerade aus dem Grunde empfangsberechtigt ist, aus dem ihn der Schuldner für empfangsberechtigt hält, ja ob er ihn überhaupt noch für empfangsberechtigt erachtet.

Fragm. Vat. § 260. Plane quod ei (sc. filio emancipato, cui peculium pater non ademit) solvitur patre non dissentiente, debitorem liberat; nec interest, an emancipatum ignoret vel ei non esse peculium ademptum, cum *rei substantia plus polleat existimatione falsa.*

---

[1]) Ich halte es für höchst wahrscheinlich, daß die L. 4. pr. interpolirt ist. Dafür spricht die unzutreffende Begründung „cum non mutata appareat domini voluntas“, welche, wenn durchschlagend, zudem die Berufung auf den favor libertatis überflüssig machen würde. Die Begründung ist anscheinend dem zweiten Satze der L. 4. pr. nachgebildet, „nam si mutata fuerit“, wo allerdings, weil der Vater noch lebt, der Wille desselben das entscheidende Moment ist. Nehmen wir an, Julian habe am Schluß des ersten Satzes geschrieben: libertas servo non contingit, sed et si u. s. w., so ist die Stelle mit dem Referat des Paulus in vollständigster Uebereinstimmung nach Inhalt, Gedankenfolge, Satzbau und großentheils auch im Wortausdruck.

Der erste Fall gehört nicht hierher, denn wenn der Empfänger empfangsberechtigt ist, und der Schuldner ihn dafür hält, ist genau diejenige Wirkung, welche eintritt, beabsichtigt. Dagegen ist der zweite Fall allerdings hierher gehörig, weil der Schuldner, welcher an einen Nichtempfangsberechtigten zu zahlen vermeint, nicht wohl die Absicht haben kann, unmittelbar durch diesen Zahlungsact befreit zu werden. Der Ausnahmscharacter des Falles wird denn auch wieder durch Berufung auf den bekannten Satz „plus in re etc." angedeutet.

Analoge Fälle, auf welche ich die Entscheidung unbedenklich ausdehne, bietet die Zahlung an den Bevollmächtigten oder Vormund des Gläubigers in der Meinung an einen Gestor zu zahlen.

9) Die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes wird durch die irrige Annahme, daß dem Handelnden selbst oder dem Gegner die erforderliche Handlungsfähigkeit fehle, nicht gehindert [1]). Auch hier ist ja, wie die Vornahme des Geschäftes zeigt, materiell dieselbe Folge, wie sie das Geschäft mit sich führt, gewollt, und das wirkliche Wollen der Rechtsfolge nur durch jene irrige Annahme verhindert. Daß der Satz nur für den Erbschaftsantritt ausdrücklich bezeugt ist, kann daher m. E. die allgemeinere Anwendbarkeit nicht zweifelhaft machen, um so weniger, als der Erbschaftsantritt auch sonst keine freiere, sondern in einigen Beziehungen sogar eine strengere Behandlung findet als andere Rechtsgeschäfte [2]).

10) Endlich gehört unter unsre Ausnahmsregel auch der in den Quellen nicht besprochene [3]) Fall, wo die Parteien ein Geschäft in rechtsgültiger, aber von ihnen für nicht rechtsgültig gehaltener

---

[1]) L. 96. D. de acqu. vel om. her. (29. 2.)

[2]) L. 77. D. de reg. jur. (50. 17) und unten § 6 Nr. 1.

[3]) Die L. 24 pr. D. de test. mil. 29. 1 (zweiter Theil) redet offensichtlich nicht von diesem Falle, sondern von vorläufigen Erklärungen eines Soldaten, er werde Jemanden später zum Erben einsetzen. Vgl. Bechmann S. 32 Anm. 3.

Form abschließen (also z. B. über einen höheren Werth als 50 Thaler im Gebiete des gemeinen Rechtes contrahiren, während sie das preußische Landrecht für anwendbar halten), vorausgesetzt, daß sie diese Form nicht in der Absicht rechtliche Bindung auszuschließen[1]) wählten und ohne den Irrthum in dieser Form mit rechtlich bindender Absicht contrahirt haben würden[2]).

§. 6. d) Fortsetzung und Definition.

Nur gering ist das Gebiet der Fälle, in denen unsre Ausnahmsregel aus besonderen Gründen trotz Vorhandenseins der unter A und B angegebenen Voraussetzungen keine Anwendung findet.

a. Ein heres voluntarius, der sich für einen heres necessarius hält, und in diesem Glauben die Erbschaft gleichwohl ausschlägt, geht der Erbschaft nicht verlustig. Die repudiatio ist nichtig „nam plus est in opinione quam in veritate“[3]). Ebenso kann, wer sich für einen necessarius hält, wenn er auch in Wahrheit voluntarius ist, die Erbschaft nicht gültig antreten[4]).

Die Vornahme des Actes zeigt, daß er die Folgen desselben factisch herbeiführen will. Am Wollen derselben als rechtlicher Folgen verhindert ihn nur die irrige Annahme. Die Voraussetzungen unserer Ausnahmregel liegen also vor. Daß dieselbe gleichwohl keine Anwendung findet, das Geschäft also für nichtig erklärt wird,

---

1) Sondern etwa aus Noth, weil Schreibmaterialien nicht zur Hand waren, oder um den Stempel zu sparen, oder aus Bequemlichkeit.

2) Hat nur die eine Partei die von ihr für ungenügend gehaltene Form in der Absicht rechtliche Bindung zu vermeiden gewählt, so kann das Geschäft gleichwohl (z. B. wegen Nichtbeachtung der Mentalreservation) gültig sein. Darüber später in anderem Zusammenhange. Hat sie erklärt, die Form zu wählen, weil sie nicht rechtlich gebunden sein wolle, so wird sie nicht gebunden, selbst wenn der Gegner sie zu überlisten vermeinte.

3) L. 15. D. de acqu. vel om. her. 29. 2.

4) L. 16 eodem.

hängt damit zusammen, daß überhaupt die objectiven Voraussetzungen [1]) des Erbschaftsantrittes, also Tod des Testators, Delation, Delationsgrund, noch nicht erfolgte Acquisition (das ist unser Fall) dem Antretenden (oder Ausschlagenden) zu sicherem Bewußtsein gekommen sein müssen, so daß sogar im Falle des Zweifels der Antritt aufs Ungewisse hin ausgeschlossen ist [2]), obgleich es ja dann an dem (eventuellen) Wollen der Rechtsfolgen nicht einmal fehlt.

b. Wenn Jemand in dem Glauben testirunfähig zu sein ein Testament errichtet, so ist dasselbe nichtig [3]). Auch hier ist ein besondrer Grund vorhanden, der die Gültigkeit verhindert, wie schon daraus hervorgeht, daß auch der Zweifel an der eigenen Testirfähigkeit das Testament vernichtet, während doch hier (für den Fall der Testirfähigkeit) der Wille der Rechtswirkung nicht fehlt [4]).

c. Wenn Jemand eine von dem Eigenthümer derelinquirte Sache ohne von der Dereliction zu wissen, also in dem Glauben, es sei eine fremde Sache, mit animus rem sibi habendi in Besitz nimmt, so wird er nicht Eigenthümer [5]). Auch hier liegen die Voraussetzungen A. und B. (§ 5) vor; die Nichtigkeit führe ich darauf zurück, daß das Recht die an sich gerechtfertigte Ausnahme zu Gunsten des mala fide Occupanten nicht eintreten läßt.

Damit ist, soweit ich übersehe, das Gebiet dieser Fälle erschöpft. Sie haben sich auf dem Boden unserer Auffassung ebenso leicht erklärt, als sie der Bechmann'schen Theorie Schwierigkeiten bereiten würden; denn es ist einleuchtend, daß dem heres voluntarius,

---

1) Darin gipfeln die sämmtlichen verschiedenen Entscheidungen. Stellen bei Windscheid III. § 597 Anm. 4 u. 5.

2) Nähere Begründung Enneccerus Ueber Begriff u. s. w. der Suspensivbedingung S. 55.

3) L. 14, 15 D. qui test. fac. possunt. (28. 1.)

4) L. 14, 15 citt., L. 1. pr. D. de leg. III. (32.)

5) L. 2. pr. D. pro derelicto (41. 7). Die Stelle ist oben S. 23 interpretirt.

der als vermeintlicher heres necessarius die Erbschaft ausschlägt, der empirische Wille, mit der Erbschaft nichts zu thun zu haben, keineswegs fehlt, und eine Ansicht, welche überhaupt für das Rechtsgeschäft das Wollen der Rechtsfolgen nicht verlangt, wird schwerlich erklären können, daß bei der Erbantretung das sichere Bewußtsein der objectiven Voraussetzungen dieser Rechtsfolgen erfordert wird. Die gleiche Schwierigkeit erhebt sich in dem die Testamentserrichtung betreffenden Falle. Den empirischen Willen sein Vermögen thatsächlich an den Eingesetzten gelangen zu lassen, kann auch der Testator haben, der sich für testirunfähig hält oder an seiner Testirfähigkeit zweifelt. Ist nun nur diese empirische, nicht die Rechtsabsicht erforderlich, weshalb die subjective Gewißheit einer Voraussetzung der Rechtsfolgen erfordern? Den dritten Fall sucht Bechmann durch eine schon oben (S. 23) als sehr bedenklich bekämpfte Interpretation zu beseitigen.

Freilich sind es nicht diese Fälle allein, welche gegen Bechmann's Ansicht sprechen; in noch höherem Grade andere, welche in voller Regelmäßigkeit als Anwendungen des Princips „die Rechtsfolgen müssen gewollt sein" erscheinen. Auf eine Reihe der wichtigsten konnte in anderem Zusammenhange hingewiesen werden. Hier seien noch zwei nachgetragen, deren Schwierigkeit Bechmann sehr wohl gefühlt hat. Die empirische Absicht ist bei der Erbeseinsetzung und beim Universalfideicommiß offenbar dieselbe; nur die Rechtsabsicht ist verschieden, hier unmittelbare Zuwendung, dort durch die Person des Erben vermittelt. Demnach müßte die Erbeseinsetzung, wenn sie als solche ungültig ist, in Consequenz der Bechmann'schen Theorie stets und ohne besondre Anordnung als Universalfideicommiß aufrecht erhalten werden, was bekanntlich regelmäßig nicht der Fall ist. Ferner aber müßte, wenn das Universalfideicommiß durch Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des Fiduciars bedroht ist, in dem Fideicommiß eine Vulgarsubstitution gesehen werden, während das römische Recht nur in singulärer

Weise durch das künstliche Mittel des erzwungenen Antritts Rath weiß. Bechmann [1]) sucht dies dadurch zu erklären, daß „den Römern die (empirische) Absicht aus zweiter Hand zuzuwenden wesentlich verschieden gewesen sei von der Absicht der directen Zuwendung," aber er zieht dadurch offenbar die Rechtsabsicht in die empirische Absicht hinein. Das Gleiche ist m. E. in dem Fall der L. 17. 22. D. de a. v. om. her. (29. 2) zu sagen. Die Absicht die Hinterlassenschaft eines Verstorbenen als Nachlaß und als Peculium einzuziehen ist rechtlich verschieden, aber empirisch gleich; denn in beiden Fällen will man sie haben und behalten. Freilich läßt sich in allen diesen Fällen streiten, und darin zeigt sich wiederholt, daß die empirische Absicht ein für den practischen Gebrauch viel zu unbestimmter Begriff ist.

Es muß schließlich die Frage aufgeworfen werden, ob es um der oben unter A. ausgeführten Ausnahme willen geboten ist, die Definition des Rechtsgeschäftes zu ändern. Wer bewußt oder unbewußt Rechtsbegriffe wie wirkende Ursachen betrachtet, welche Naturgesetzen vergleichbar eine Ausnahme undenkbar machen, der kann natürlich nicht zweifeln. Wer aber von dieser Vorstellung frei ist, wer erkennt, daß es sich nur darum handelt für unser Denken die einfachsten, klarsten und, was die Hauptsache ist, brauchbarsten begrifflichen Zusammenfassungen des Gleichen und juristisch Relevanten in den sonst vielfach verschiedenen Rechtserscheinungen zu finden, der hält einen klaren und als Grundlage der Beurtheilung für die ungeheure Mehrheit der Fälle unmittelbar verwerthbaren Begriff, auch wenn er nur mit einer (practisch wenig bedeutenden) Ausnahme die Sache deckt, für vortheilhafter als die Bildung eines neuen, zwar die Sache völlig deckenden, aber practisch wenig bedeutsamen Begriffes.

---

[1]) a. a. O. S. 45.

So aber liegt die Sache im vorliegenden Falle: Die herrschende Definition, welche für den Geschäftsbegriff das Wollen der Rechtsfolgen erfordert, hat hohen practischen Werth, weil sie uns auf die Frage: „Welchen Inhalt erfordert jedes einzelne Rechtsgeschäft?“ die, von seltenen Ausnahmen abgesehen, richtige Antwort gibt: „Die wesentlichen Rechtsfolgen des Geschäftes müssen gewollt sein.“ Neben dieser Definition ist dann zu bemerken, daß das Recht die Rechtsfolgen in der Regel auch dann herbeiführt, wenn die Parteien die gleichen thatsächlichen Folgen gewollt haben, und das Wollen dieser Folgen als Rechtsfolgen nur durch eine irrige Annahme verhindert ist.

Eine auch die Ausnahme mitumfassende Definition würde etwa folgendermaßen lauten: „Rechtsgeschäft ist eine Privatwillensäußerung (oder Privatwillenserklärung) [1]), welche die Herbeiführung

---

[1]) Es ist eine rein terminologische Frage, ob „Privatwillensäußerung“ oder „Privatwillenserklärung“ vorzuziehen sei. Sprachlich correcter ist der erstere Ausdruck (vergl. namentlich Eisele in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 20. S. 19.); denn Erklären umfaßt im Wortsinne nur diejenigen Aeußerungen, welche ein Klarmachen für Andre beabsichtigen, also zu dem Zwecke, um Anderen zur Kenntniß zu gelangen, gemacht werden. Eine solche Absicht liegt aber bei der Occupation und Dereliction selten vor, kann auch bei Acten der pro herede gestio u. A. fehlen. Auf der anderen Seite ist anzuerkennen, daß der Ausdruck Willenserklärungen für die große Masse der Rechtsgeschäfte und gerade diejenigen, bei denen man vorwiegend auf den Willen zu recurriren hat, der prägnantere ist und auch für die übrigen Fälle keinen Schaden herbeiführt, wenn man, wie wenigstens vorwiegend geschieht, ihn hier in dem Sinne von Willensäußerung (Erklärung objectiv gedacht = wodurch etwas klar wird oder werden kann, einerlei ob das beabsichtigt war) auffaßt. Auch die Sprache neuerer Gesetzgebungen zieht „Willenserklärungen“ vor.

Mehr realen Werth hat die Frage, ob der Begriff des Rechtsgeschäftes auf Privatwillensäußerungen (oder Erklärungen) zu beschränken ist. Nur scheinbar richtig ist der Einwand Eisele's (Compensation S. 275), daß die richterlichen Urtheile ohnehin nicht unter den Begriff der Willensäußerungen fallen, weil sie eine Thätigkeit des Intellectes (Urtheile im logischen Sinne) seien, nicht aber vom Willen ausgehen. Uebersehen ist dabei zunächst, daß mit

gewisser Folgen bezweckt und von der Rechtsordnung um dieses Zweckes Willen mit der Kraft ausgestattet ist, entsprechende Rechtsfolgen hervorzurufen.“ Aber mit dieser Definition sind wir noch nicht am Ziel. Wir müssen weiter nach dem Inhalt fragen, den die Willenserklärung haben müsse, um von der Rechtsordnung als Grund für Rechtsfolgen anerkannt zu werden, und diese Frage führt uns dazu als Erläuterung zur practischen Verwerthung jener Definition doch wieder auf die Regel, daß Rechtsfolgen gewollt sein müssen, und deren Ausnahme recurriren zu müssen.

3) Willen und Erklärung.

§. 7. a) Die Erklärung als Erforderniß des Rechtsgeschäftes.

Wir haben bisher den Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens unter Vorbehalt der Frage geprüft, ob dieser Inhalt wirklich gewollt sein müsse, oder ob die Erklärung, er werde gewollt, auch ohne

---

dem declaratorischen Ausspruch des Richters über die Rechtsverhältnisse sich im condemnatorischen Urtheil auch ein Imperativ (Verurtheilung zur Zahlung u. s. w.) verbindet, und daß ein solcher noch deutlicher in den bekannten bedingten Strafdrohungen hervortritt. Aber auch der Ausspruch über die Rechtsverhältnisse selbst ist nicht nur Ausdruck einer Verstandesthätigkeit. Der Richter sagt nicht nur, daß das Rechtsverhältniß so und so sei, sondern er stellt es in der angegebenen Weise fest. Er findet nicht nur, sondern verkündet das Gefundene als bindend, und darin liegt so gut ein auf die Geltung des Verkündeten gerichteter Willensact als in der Verkündigung des Gesetzes. Da nun, wie fast allgemein zugegeben wird, der Sprachgebrauch die Urtheile nicht als Rechtsgeschäfte bezeichnet, da dieselben ferner zum Mindesten der Umstand von den Rechtsgeschäften scheidet, daß sie nicht das Mittel der Privatautonomie des Einzelnen sind, ist es wünschenswerth sie durch den Ausdruck Privatwillenserklärung in der Rechtsgeschäftsdefinition (oder in andrer Weise) von dem Geschäftsbegriff auszuschließen. Vgl. namentlich Windscheid I. § 69. Anm. 1 b., Bekker, Jahrb. f. Dogm. XII. S. 32, Pernice in Grünhut's Zeitschr. VII. S. 470.

Einige andre später zu besprechende Elemente der Definition haben hier vorläufig vorausgesetzt werden müssen.

den wirklichen Willen genüge. Ist nun diese Frage auch für die Endergebnisse dieser Arbeit nicht eigentlich grundlegend, so kann sie doch nicht völlig übergangen werden, weil die Art der Beweisführung sich in verschiedenen Beziehungen erheblich verändern müßte, je nachdem wir von der einen oder von der anderen Auffassung ausgehen. Immerhin aber gebietet der Zweck und Zusammenhang dieser Arbeit eine Beschränkung auf das Hauptprincip und die Frage, ob, und aus welchen Gründen dieses Princip Modificationen erleidet, während die genauere Feststellung und Umgrenzung dieser Modificationen gesonderter Darstellung vorbehalten bleiben muß.

Wir erfordern zum Begriff des Rechtsgeschäftes ein Wollen der Rechtsfolge und eine diesem Willen entsprechende Aeußerung desselben. Die Aeußerung hat bei vielen Geschäften die Natur einer Erklärung, sie geschieht zu dem Zwecke Anderen, sei es jetzt, sei es später (Testament) bekannt zu werden. Bei anderen, wie bei der Occupation, ist sie nur eine Bethätigung des Willens der Rechtsfolge. Die Erklärung endlich muß bei denjenigen Geschäften, welche sich an einen bestimmten Gegner richten, diesem gegenüber abgegeben sein, bei Anderen, wie bei der Testamentserrichtung, hereditatis aditio ist das nicht der Fall, sondern die Erklärung richtet sich an die Allgemeinheit, an Alle die es angeht. Den complicirtesten Fall bildet sonach die an einen bestimmten Gegner gerichtete Willenserklärung. Von ihr ist bei einer Betrachtung der verschiedenen über unsre Frage möglichen Ansichten auszugehen, um so mehr, als sie zugleich durch ihr häufiges Vorkommen dominirt.

1. Nach einer verbreiteten Auffassung der herrschenden Lehre soll die Erklärung nur die Bedeutung eines Erkenntnißmittels des Willens haben, sie soll nur deshalb erforderlich sein, weil der innerliche Wille als solcher unerkennbar und deshalb dem Rechte unfaßbar ist. Wäre diese Ansicht richtig, so müßte es offenbar genügen, wenn der Gegner, ohne daß eine vollendete Erklärung vorliegt, auf andere Weise von dem Willen Kunde erhalten hätte. Jemand

schreibt einen Brief an mich, der eine Offerte enthält. Der Brief aber langt nicht an, entweder weil er von der Post verloren, oder weil er versehentlich im Hause des Briefschreibers liegen bleibt; ich aber erfahre den Inhalt des Briefes durch einen Freund, der bei der Abfassung desselben mitgeholfen hat. Es wird schwerlich die Annahme viel Anhänger finden, daß eine gültige Offerte vorliege, der Vertrag also durch bloße Acceptation zu Stande komme. Damit aber ist die besprochene Auffassung verurtheilt [1]).

In Wahrheit ist die Erklärung nicht nur Erkenntnißmittel, sondern constitutives Element. Sie hat für die Willenserklärung ganz analoge Bedeutung wie die Publication für das Gesetz. Die Publication ist nicht nur eine Aufklärung über den Willen des Gesetzgebers, sondern in ihr wird erst der Wille für Andere gesetzt, in ihr liegt erst der gebietende Ausspruch des Willens des Gesetzgebers, ohne den das Gesetz nicht nur unbekannt wäre, sondern gar nicht existirte. Eine allgemeine Bekanntmachung kann die Publication zugleich sein, aber doch nur in dem Sinne eines Bekanntmachenwollens, nie in dem Sinne, daß wirklich Alle von dem Gesetze Kunde erhalten.

Ganz ähnlich liegt die Sache bei der Willenserklärung. Wenn ich Jemandem sage: ich kaufe von Dir dieses Pferd für 1000 Mk., so erzähle ich ihm nicht nur etwas über den Inhalt meines Willens, sondern in diesen Worten setze ich erst meinen Willen für ihn. Vorher ist der Wille noch mein, jetzt habe ich ihn einem Andern dahin gegeben. „Er hat mein Wort.“ „Ich habe ihm mein Wort gegeben.“ Deshalb ist die Willenssetzung vollendet, wenn die Erklärung in seine Macht gekommen, also z. B. wenn er den Brief er=

---

[1]) Vgl. zu dem Gesagten Scheurl, Beiträge z. Bearb. des röm. Rechts. Bd. I. S. 306; Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen S. 3 ff.; Schott, Vertrag unter Abwesenden S. 59; Hasenöhrl, Oesterreichisches Obligationenrecht. I. S, 523,

halten hat. Erst dann habe ich den Act vollendet durch den ich ihm meinen Willen binden will [1]).

II. Wäre die Bedeutung der Willenserklärung lediglich die einer Aufklärung, so wären wir zu einer doppelten Annahme gezwungen:

1) Sie würde erst vollendet sein, wenn der Gegner sie erfahren hätte.

2) Sie würde auch dann vollendet werden, wenn die Erklärungshandlung den Gegner gar nicht erreichte, er aber doch auf andere Weise den Inhalt des Willens erführe.

Der letztere Punkt ist schon besprochen, der erstere bedarf noch einiger Erläuterung. Mit Recht wird derselbe für die Annahmeerklärung einer Offerte vielfach verworfen, nämlich von allen Gegnern der sog. Wahrnehmungs-, Recognitions- oder Resciscionstheorie. Nach dieser Richtung die Sache weiter zu verfolgen ist hier nicht der Ort. Nur auf zwei Punkte sei kurz aufmerksam gemacht:

a. Die bekannte Entscheidung, daß ein Tauber nicht stipuliren könne, steht meiner Auffassung der Erklärungsvollendung nicht entgegen; denn durch mündliche Rede einem Tauben gegenüber bringe ich meine Erklärung nicht in seine Macht, und die die mündliche Rede etwa begleitenden Erläuterungen, durch

---

1) Daß die Erklärung nicht nur Erkenntnißmittel, sondern Geschäftserforderniß ist, haben schon Windscheid, Willen und Willenserklärung § 2, Pernice, Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 25. S. 84 ff. u. A. scharf betont. So sagt z. B. Windscheid: „Die Willenserklärung ist der Wille in seiner sinnfälligen Erscheinung.“ Unsre Darstellung weicht, von der verschiedenen Begründung abgesehen, darin ab, daß wir auf das Setzen des Willens für den Gegner (oder für die Welt, siehe unten), mit a. W. auf den Ausspruch des Willens an den Gegner, so daß der Ausspruch in seine Macht kommt, besonderes Gewicht legen und deshalb die Erklärung des Willens, abweichend von Windscheid (Pand. § 306 Anm. 5), erst wenn sie in seine Macht gelangte, als vollendet betrachten.

Schrift oder Zeichensprache, sind bei dem Verbalcontract nicht als Mittel der Willenserklärung zugelassen.

b. Es steht mit meiner Auffassung nicht im Widerspruch, daß der Offerent für die Acceptationserklärung erleichternde oder erschwerende Bedingungen setzen kann, z. B. ausdrücklich oder stillschweigend bestimmen kann, daß schon die Absendung der bestellten Waaren, die Ausführung der aufgetragenen Besorgung, die Ingebrauchnahme der zum Zweck eines Commodates übersandten Sache als genügende Erklärung an ihn aufzufassen ist. Hat er erschwerende Bedingungen gesetzt, so hat er sich ja durch die Offerte nur für den Fall der Erfüllung dieser besonderen Acceptationsbedingung verpflichten wollen. Hat er sich mit einer leichteren Form der Acceptation für einverstanden erklärt, so hat er damit die in dieser leichteren Form erfolgende Acceptation als an ihn erfolgt (in sein Macht gekommen) anerkannt.

Nehmen wir aber an, daß die Acceptation, weil sie eine Willenserklärnng in dem erörterten Sinne ist, vollendet ist, sobald sie an den Offerenten gelangte, so muß das Gleiche offenbar auch von der Offerte, die ja ebenfalls Willenserklärung ist, gelten, und in der That läßt sich die Richtigkeit des Geschlossenen leicht zeigen. Zwar, wenn der Oblat den Inhalt der Offerte nicht erfährt, wird factisch die Annahmeerklärung meist unterbleiben. Acceptirt er aber in Folge besondrer Umstände aufs Ungewisse hin dennoch, so kommt der Vertrag zu Stande. Im Moment meiner Abreise empfange ich von A. einen Brief, den ich zu lesen nicht mehr die Zeit habe und versehentlich zu Hause liegen lasse. Da ich aus irgend welchen Gründen (man denke an frühere Vorbesprechungen) eine Kaufofferte für mein Pferd in dem Briefe vermuthe, acceptire ich für diesen Fall die von mir vermuthete Offerte sofort von der nächsten Eisenbahnstation aus unter der Bedingung, daß A. den Preis nicht unter 1000 Mk. (dem eigenen Einkaufspreise, wie ich dem A. früher ge-

sagt hatte) gestellt habe, füge hinzu, er könne das Pferd alsbald abholen, und weise meinen Diener zur Herausgabe des Pferdes, wenn A. es holen lasse, an. A. hatte in der That 1000 Mk. für das Pferd geboten. Kann er trotz rechtzeitigen Eintreffens meiner Annahmeerklärung, wenn er sich nun eines Andern besinnt, den Kauf für nicht geschlossen erklären, weil ich eine nicht gelesene Offerte acceptirt hätte?! Ich bin gewiß, kein Richter würde ihm darin Recht geben.

Fassen wir das Gesagte zusammen: die Erklärung ist für die bisher besprochenen Rechtsgeschäfte ein constitutives Element; denn in ihr liegt erst die Setzung des Willens für den Gegner. Dasselbe aber gilt auch für einseitige Geschäfte. Gefaßt kann der Wille schon vor der Errichtung des Testamentes sein. Für die Welt gesetzt, wird er erst im Act des Testirens, also in der Erklärung.

Für diejenigen Rechtsgeschäfte endlich, welche keine eigentliche Erklärung, sondern nur eine Bethätigung des Willens verlangen, wie z. B. die Occupation, ist es ganz selbstverständlich, daß bei ihnen die Setzung des Willens für Andre eben erst in dieser äußeren Bethätigung erfolgt.

Wenn man also der herrschenden Lehre, oder vielmehr, wie mir scheint, einer unpräcisen Auffassung der herrschenden Lehre, mit einigem Recht den Vorwurf machen kann, sie sei rein spiritualistisch, indem sie das Rechtsgeschäft nur in den Willen des Handelnden verlege (und der Erklärung nur die Bedeutung eines Erkenntnißmittels des Willens beimesse), so kann dieser Vorwurf unsere Auffassung, welche die Erklärung als constitutives Element betrachtet, in keiner Weise treffen.

III. Die Willenssetzung für den Gegner erfolgt durch die Erklärung, d. h. durch Mittheilung eines gewissen Gedankeninhaltes an den Gegner (bezw. an die Welt überhaupt) in für diesen Gegner (bezw. die Welt) verständlicher Weise. Will ich dieses Pferd von

ihm für 1000 kaufen, so theile ich ihm den Gedanken [1]) mit, daß ich dieses Pferd von ihm für 1000 kaufen will (und setze eben dadurch meinen Willen für ihn). Zu dieser Gedankenmittheilung aber bedarf es äußerer Communicationszeichen, welche als Mittel gewollt werden.

Das Gesagte würde an sich für unsre Zwecke genügen, allein die Auseinandersetzung mit abweichenden Ansichten sowie die Prüfung der Relevanz der Erklärungsmittel erfordert eine noch genauere Scheidung der einzelnen Bestandtheile des Vorganges sowohl des Willens und der Erklärungsthätigkeit auf der einen als der Perceptionsthätigkeit auf der andern Seite. Der ganze Vorgang spielt sich in folgenden, zwar zeitlich möglicherweise (in Bezug auf manche Bestandtheile sogar stets) zusammenfallenden, aber begrifflich sehr wohl zu unterscheidenden Momenten ab. Wir wählen als Beispiel die Willenserklärung des Käufers eines Pferdes für 1000 und unterscheiden:

1) Den Entschluß das Pferd für 1000 zu kaufen, d. h. also das Wollen der Rechtsfolge des Kaufes (eine rein innerliche, rechtlich irrelevante Thatsache).

2) Die Absicht diesen Willen dem Gegner bindend auszusprechen (ihn für den Verkäufer zu setzen) und

3) die damit verbundene Absicht ihn mit diesem Willen bekannt zu machen (den Geisteseffect beim Verkäufer hervorzurufen, daß er mich als Kaufenden vorstellt).

4) Als Mittel zu 2. und 3. die Absicht gewisse äußere Communicationszeichen zu schaffen (gewöhnlich geschriebene oder gesprochene Worte) und

5) dieselben dem Gegner zu übermitteln (den Brief ihm zu über-

---

[1]) Der Gedanken ist hier als vom Wortlaut noch unabhängig gedacht und ist es auch; denn er kann in sehr verschiedenen Worten geäußert werden.



liefern, die Worte nicht nur zu sagen (Nr. 4), sondern ihm zu sagen.

Hieran schließt sich nun das Eintreten der gewollten Erfolge in der Person des Gegners.

6) Er bekommt die äußeren Zeichen in seine Macht (durch Empfang des Briefes, Vernehmen der Worte).

7) Damit hat er aber, wenn diese äußeren Zeichen dem beabsichtigten Willensausspruch (2) entsprechen, oder wenn er trotz einer Divergenz in der Lage ist aus den äußeren Zeichen den Willensausspruch zu erkennen, auch diesen in seiner Macht.

8) Er vernimmt die äußeren Zeichen (liest den Brief; bei mündlichen Willenserklärungen ist dieser Erfolg schon mit Nr. 6 gleichzeitig eingetreten).

9) Er versteht daraus, daß der Willensausspruch erfolgt ist (denkt also den Erklärenden als Käufer).

Diese zwar zunächst psychologische aber lediglich zu juristischem Zweck unternommene [1]) Analyse des ganzen Vorganges erleichtert die schärfere Abgrenzung des rechtlich Relevanten in doppelter Beziehung.

A. Es ist das der Fall zunächst gegenüber der Ansicht Kohler's [2]). Wir halten für juristisch relevant lediglich den Willen 2. und den Erfolg 7. Kohler dagegen den Willen 3. und den Erfolg 9. mit anderen Worten

1) Kohler betrachtet als entscheidend für die Gültigkeit des Geschäftes das Wollen des Geisteseffectes in der Person des Gegners („die Action von Geist zu Geist, worin der Eine sich dem Andern als Kaufenden, der Andere als Verkaufenden darstellt") während wir die Absicht den Willen dem

---

1) Denn sonst hätte noch viel weiter analysirt werden können.

2) a. a. O. S. 335 ff.

Gegner bindend auszusprechen (und dadurch für den Gegner zu setzen) für genügend halten.

Wie mir scheint, legt hier Kohler nicht nur juristisch, sondern auch psychologisch das Schwergewicht auf den Nebenpunct und läßt den Hauptpunct ganz außer Betrachtung. Wenn ich Dir sage „Ich kaufe dieses Pferd für 1000 von Dir," so will ich Dir diesen meinen Willen in verbindlicher Weise aussprechen und Dich dadurch zugleich mit meinem Willen bekannt machen. Das Erstere aber ist mir die Hauptsache, und das gilt nicht für das Rechtsgebiet allein. Wenn ich z. B. jemandem Verschwiegenheit verspreche, so ist ebenfalls mein erster Zweck mich (sittlich) durch diesen Willensausspruch ihm zu binden, erst in zweiter Linie will ich auch ihn von dieser Absicht mich zu binden benachrichtigen. Wenn also, wie sich später zeigen wird, die römischen Juristen jenen ersten und nicht den zweiten Theil des Willensinhalts als den relevanten behandelt haben, so verdienen sie den ihnen so reichlich gespendeten Tadel auch vom psychologischen Standpunkte in keiner Weise.

Eine unmittelbare Consequenz des eben berührten Differenzpunktes ist die verschiedene Beurtheilung der Mentalreservation. Die Nichtbeachtung derselben ist mit der von Kohler angenommenen Regel im Einklange. Wir dagegen gehen davon aus, daß der Gedanke, man wolle kaufen, ohne Zweifel auch ohne die Absicht diesen Willen dadurch in verbindlicher Weise auszusprechen (also mit a. W. in täuschender Absicht), im Gegner hervorgerufen werden kann, kommen also zu der Schlußfolgerung, daß die Gültigkeit des Geschäftes im Falle der Mentalreservation als besondere Ausnahme erscheint.

2) Kohler erfordert zur Gültigkeit des Geschäftes die Erreichung des Geisteseffectes im Gegner, während wir es für genügend halten, daß der bindende Willensausspruch ihm gegenüber vollendet, also in seine Macht gekommen ist.

Dieser Punkt ist schon oben unter Nr. II. des Näheren dargelegt.

B. Sodann erleichtert uns die angestellte Analyse die Scheidung der Erklärung und der Erklärungsmittel und die Prüfung der Relevanz der letzteren. Die Gültigkeit des Geschäftes erfordert nur die Absicht (2), den Willen durch irgend welche Mittel dem Gegner auszusprechen (den Willen ihm zu setzen), und das Resultat dieses Willens, daß nämlich der Ausspruch an ihn auch wirklich erfolgt, also in seiner Macht ist (7). Das Wollen äußerer Zeichen (4) und der Uebermittlung derselben (5), ist zwar ein unentbehrliches Mittel um factisch den Willensausspruch an ihn zu bewirken, aber es hat keine selbständige Bedeutung für das Recht. Wird der Erfolg (7) wirklich herbeigeführt, also ein Ausspruch des beabsichtigten Willensinhaltes an den Gegner vollendet, so schaden Fehler der dazu verwandten Communicationsmittel und Fehler in der Auffassung derselben durch den Gegner nichts. Unschädlich ist also eine unbeabsichtigte Abirrung bei der Schaffung der Communicationszeichen (die sog. Verirrung z. B. Versprechen, Verschreiben), ferner die Wahl eines verkehrten Communicationszeichens (ein Ausländer sagt „kaufen," während er „miethen" meint); sodann ein Misverständniß dieser Communicationszeichen (Verhören, Verlesen) durch den Gegner; endlich die Wahl eines verkehrten Mittels zur Uebermittlung (Absendung an eine falsche Adresse), wenn nur in allen diesen Fällen ein Ausspruch des wirklich beabsichtigten Inhaltes an den Gegner dennoch erreicht wird (wenn also der Gegner trotz des Versprechens, des Verhörens, des Sprachfehlers die wirkliche Absicht zu verstehen in der Lage ist, bezw. trotz des Fehlers in der Adresse den Brief erhalten hat).

IV. Zum Schluß einige Worte zur Terminologie:

a. Der herrschende Sprachgebrauch — vielleicht ist es häufig auch nicht nur ein Sprachgebrauch, sondern eine Folge der oben

(I.) bekämpften unrichtigen Auffassung — nennt den oben unter 2. bezeichneten Willen, also die auf Setzung des Rechtsfolgewillens für den Gegner (bezw. für die Welt) gerichtete Absicht kurzweg „Willen" oder „Willen der Rechtsfolgen." Darin liegt genau genommen eine Omission; aber dieselbe kommt practisch nur höchst selten in Betracht, weil, wenn mit dem Wollen der Rechtsfolgen die entsprechende Erklärung verbunden ist, die Absicht diesen Rechtsfolgewillen (eben in der Erklärung) zu setzen, kaum fehlen kann. Ich schließe mich daher dem herrschenden Sprachgebrauch ohne Bedenken an, werde aber, wo Misverständnisse drohen, präciser sprechen.

b. „Erklärung" werden vielfach die Zeichen also namentlich die Worte genannt, welche zur Erklärung dienen. Das ist aber nur unverfänglich, wenn sich der Wortlaut mit dem, was wirklich erklärt ist, deckt. Liegen aber Differenzen vor, so sollte man als Erklärung nur den Gedankeninhalt bezeichnen, der (durch die Communicationsmittel) derartig, daß er verstanden werden konnte, an den Gegner gelangt (bezw. in die Welt gesetzt) ist (oben 7.). Der A., welcher die Schwäche hat Fremdwörter zu gebrauchen, auch wenn er des Sinnes derselben nicht ganz mächtig ist, hat drei Taschenuhren vor sich liegen, eine von Zinn, eine silberne und eine goldene. Die zinnene will er verschenken, weist aber mit den Worten „ich schenke Dir diese Pendüle" versehentlich auf die silberne, während der Empfänger meint, er habe auf die goldene gezeigt. Die Erklärung ist hier, wenn nicht etwa die wahre Meinung aus den begleitenden Umständen doch erkenntlich war, auf die silberne Taschenuhr gerichtet, der Wortlaut auf die Pendüle, die Erklärungsabsicht auf die zinnene, das Erklärungsverständniß (hier Misverständniß) auf die goldene Taschenuhr.

c. Wir gebrauchen aber den Ausdruck Erklärung auch, und sogar sehr häufig, für die Thätigkeit des Erklärens eines Willens. Hier umfaßt das Wort die inneren und äußeren Vorgänge von 3—7 (S. 62 ff.), also die absichtliche Bewirkung einer Erklärung

in dem eben unter b. besprochenen Sinne. Daß wir den rechtlich entscheidenden Punct, wo der Ausspruch des Gedankens in die Macht des Gegners gekommen ist, als vollendete Erklärung bezeichnen, bedarf keiner terminologischen Rechtfertigung, denn die juristische Terminologie soll sich an rechtlich Relevantes anschließen.

d. Endlich ist noch die sog. nicht ernstliche Willenserklärung zu besprechen, namentlich Aeußerungen, welche im Scherz, oder zum Zweck dramatischer Darstellung, oder als Lehrbeispiel gemacht werden. Ganz dem oben unter b. Entwickelten entsprechend liegt hier in Wahrheit keine Erklärung vor, wenn der ganze „Gedankeninhalt, welcher so, daß er von diesem verstanden werden konnte, an den Gegner gelangt," sich nicht als Willenserklärung darstellt; war dagegen der gesammte von dem Erklärenden verwirklichte Thatbestand einschließlich der begleitenden Umstände ein solcher, daß der Gegner daraus auf die Absicht den Rechtsfolgewillen zu erklären (zu setzen) berechtigter Weise schließen durfte, so liegt eine wirkliche Erklärung in dem rechtlich in Betracht kommenden Sinne vor [1]).

b. Der Willen als Erforderniß des Rechtsgeschäftes.

§. 8. α) Stand der Frage.

Die herrschende Lehre [2]), wenn wir dieselbe nach Maßgabe der Präcisirung des vorhergehenden § auffassen, erfordert zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes

---

[1]) Der Sache nach vollkommen zutreffend: Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht. I. S. 528 ff. Nur im Ausdruck wäre etwa zu erinnern, daß „der dem andern Contrahenten vorliegende Thatbestand mit allen seinen Bestandtheilen und begleitenden Umständen" die Willenserklärung nicht „bildet", sondern nur „enthält", wie übrigens Hasenöhrl an derselben Stelle ebenfalls sagt. Willenserklärung ist also der durch den gesammten Thatbestand u. s. w. dem Gegner erkennbar werdende Gedankeninhalt. Vgl. auch Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. S. 58 ff., Zitelmann, Irrthum. S. 382 ff.

[2]) Von den neueren Vertheidigungen sind hervorzuheben die vortrefflichen Abhandlungen von Windscheid, Wille und Willenserklärung. Leipzig 1878

1) eine Erklärung, d. h. die Verwirklichung eines Thatbestandes, aus welchem vom Gegner, oder bei Rechtsgeschäften, welche sich nicht an einen bestimmten Gegner richten, aus welchem überhaupt entnommen werden kann, daß ein gewisser Rechtsfolgewillen für den Gegner bezw. für die Welt überhaupt ausgesprochen (gesetzt) sei, und ferner

2) daß dieser Rechtsfolgewillen dem Gegner bezw. für die Welt auch wirklich in der Erklärung gesetzt werden sollte.

Die abweichenden Meinungen lassen theils das Hauptprincip bestehen, behaupten aber aus Gründen der Verkehrssicherheit gewisse Modificationen [1]), theils erklären sie überhaupt oder wenigstens für

---

(auch im Archiv f. civil. Praxis Bd. 63) und Zitelmann, Die juristische Willenserklärung. Jahrb. f. Dogm. Bd. 16. S. 357 ff.; ferner Pernice in der Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 25. S. 77 ff.; Eisele in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 25. S. 414 ff. (mit besonderer Richtung gegen Hartmann), auch die Inaugural-Dissertationen von Scheiff, die Divergenz zwischen Wille und Willenserklärung; Thomsen, die rechtliche Willensbestimmung. Vgl. außerdem die Lehrbücher von Puchta Pandekten § 65. Vangerow Pandekten § 83 Anm. 1. Savigny System III. S. 258 ff., 263 ff. Sintenis Gemeines Civilrecht § 22, § 98. Keller, Pandektenvorlesungen § 58. Arndt's Pand. § 60. Unger, Oesterr. Priv. Recht. Bd. II. S. 117. Brinz, Pand. I. Aufl. S. 1392, 1555. Wächter, Pand. I. § 73 u. Würtemb. Pr. R. II. S. 635 ff. Dernburg, Pand. I. § 91; endlich Hasse, Jahrb. f. Dogm. Bd. 15. S. 227 ff. Bruns kl. Schriften Bd. 2. S. 473 ff. Mommsen, Erörterungen II. S. 93 ff.

[1]) So namentlich Regelsberger, Vorverhandlungen bei Verträgen (1868), § 1 — 4, namentlich § 4, Derselbe in Endemann's Handb. des H. R. S. 405 ff.; Bähr, über Irrungen im Contrahiren. Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 14. S. 393 ff., namentlich S. 401 ff. Beide stellen, obgleich im Allgemeinen auf dem Boden der herrschenden Theorie stehend, für Verträge eine durch die Rücksicht auf den anderen Contrahenten oder durch die bona fides gebotene abweichende Regel auf. Einzelne Modificationen des herrschenden Princips werden übrigens auch von den Anhängern desselben zugegeben, so ganz allgemein die Nichtbeachtung der Mentalreservation, welche freilich vielfach nur als eine Modification in der Realisirung aufgefaßt wird. Weiter gehende Ausnahmen werden aufgestellt namentlich von F. Mommsen, über die Haftung des Contrahenten

gewisse Geschäfte das Wollen der Rechtsfolgen für bedeutunglos [1]) und erfordern nur entweder die Erklärung in dem oben angegebenen Sinn allein, oder außerdem, daß der Thatbestand, der die Erklärung enthält, oder auch die Erklärung selbst und der Geistes-

---

bei der Abschließung von Schuldverträgen, Erörterungen H. 2, ferner von Pernice, Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 26. S. 77 ff., namentlich S. 116 ff., in einem einzelnen Punkte auch v. Jhering culpa in contrahendo Jahrb. f. Dogm. Bd. 4, namentlich Note 78.

[1]) Röver, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen (1874). „Eine von einer handlungsfähigen und in handlungsfähigem Zustande befindlichen Person abgegebene Erklärung (unter Lebenden) ist wirksam ohne Rücksicht darauf, ob das als gewollt erklärte vom Erklärenden wirklich gewollt ist oder nicht." Lotmar, über causa im röm. Recht. S. 10 ff., namentlich S. 15 ff.: „Weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat durch das Recht, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig und es soll nicht von dem Zufall dieses Wollens die Benennung mit Rechtsgeschäft abhängig sein." Schloßmann, der Vertrag. Hölder, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18. S. 176 (vergl. auch daselbst Bd. XIV. S. 563 ff.), Institutionen § 18. II.: „Für die rechtliche Bedeutung der Erklärung entscheidet ihre Abgabe mit dem Willen ihrer Entgegennahme als einer ernstlichen." Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft. Kohler, Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 16. S. 91 ff., 325 ff., XVIII. S. 136 ff., Patentrecht. S. 727 ff., Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 21. S. 494. Bd. 23. S. 34. Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht. S. 356 ff., namentlich S. 365, 366. „Ich neige mich dahin, daß die Rechtsordnung bei der Mehrzahl ihrer Rechtsgeschäfte nichts als die Erklärung eines Begehrens nach einem Zustande von wirthschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung erfordert." Bekker, krit. Vierteljahrsschr. Bd. III. S. 194. Bd. 22. S. 51 ff., S. 54 ff. „Der Kredit dieser wichtigsten Erklärungen (nämlich der Offerten und Acceptationen) verlangt, ... daß Gültigkeit und Wirkung von Verträgen und vertragsähnlichen Geschäften beurtheilt werden, nicht sowohl nach der Absicht der Erklärungsgeber, als nach den billigen Erwartungen der Erklärungsnehmer." Hasenöhrl, österreichisches Obligationenrecht. I. S. 523 ff., namentlich S. 534. „Es muß geschlossen werden, daß das Vorhandensein des inneren Willens kein unumgänglich nothwendiges Erforderniß für den Vertrag bildet, sondern daß vielmehr auf dem Gebiete des Vertragsrechtes der innere Wille vor seiner Erscheinung, der Willenserklärung, zurücktritt, und daß zum Thatbestande eines Vertrages im allgemeinen nur eine Willenserklärung und nicht auch ein dieser Erklärung ent-

effect, den sie im Gegner hervorruft, gewollt sei, theils endlich legen sie bald der Erklärung allein, bald nur der von dem Rechtsfolgewillen begleiteten Erklärung entscheidende Bedeutung bei [1]).

Es empfiehlt sich zur Klarstellung des Standes der Frage, die Ansichten einiger Vertreter dieser drei Gruppen etwas genauer zu skizziren.

I. Regelsberger [2]) bezeichnet die Regel, „daß eine Erklärung für sich ohne den entsprechenden Willen der rechtlichen Bedeutung entbehrt" als einen Satz „dessen Anerkennung als Regel sich kein Recht werde entziehen können." Er nimmt aber gleichwohl nicht nur einzelne Ausnahmen desselben an, sondern er stellt für Verträge (und nur für diese, nicht für einseitige Verfügungen) aus Gründen der Verkehrssicherheit die von dem allgemeinen Princip abweichende Regel auf:

> „Jeder, der in Vertragsverhältnissen eine Willenserklärung abgibt, wird bei demjenigen Sinn behaftet, in welchem sie der andre Theil nach den gesammten zur Zeit des Vertragsabschlusses ihm bekannten oder als bekannt vorauszusetzenden Umständen verstanden hat oder verstehen mußte. Ein anderer Wille wird, abgesehen von einem nicht als grobe Nachlässigkeit sich darstellenden Irrthum, nicht berücksichtigt, selbst wenn er aus anderen Thatsachen zweifellos sein sollte."

Diese Besonderheit für das Gebiet der Verträge beruht nach Regelsberger „auf einer Rücksicht gegen die andere Vertrags-

---

sprechender Wille gehört." Vergl. auch Moddermann, will of vertrouwen Groningen 1880. Rittner, österr. Eherecht. S. 163. Scialoja responsibilità e volontà, academische Antrittsrede Rom 1885.

1) So Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr in den Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 20. S. 1 ff. und im Grunde auch wohl Leonhard, der Irrthum bei nichtigen Verträgen. Berlin 1882 und 1883.

2) a. a. O. S. 17 — 22.

partei, auf dem Schutz gegen die Nachtheile aus einer durch den Erklärenden veranlaßten Täuschung."

Neuerdings hat indessen Regelsberger seine Abweichung von der herrschenden Meinung in so fern beschränkt, als derselbe den abweichenden Willen des Erklärenden nur dann nicht berücksichtigt, wenn der Erklärende die Täuschung des Erklärungsempfängers entweder arglistig oder in grober Nachlässigkeit herbeigeführt hat" [1]).

Weiter als Regelsberger geht Bähr [2]) indem bei ihm namentlich die für den Irrthum von Regelsberger gemachte Ausnahme wegfällt. Er stellt den Satz auf:

„Wer beim Contrahiren in einer ihm zuzurechnenden Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört. Er haftet aus der äußeren Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt habe."

Doch steht Bähr trotz dieser von der herrschenden Lehre weit abweichenden Meinung, principiell noch auf dem Boden der ersteren, da er in den entsprechenden Fällen von einer „Fiction des Willens" spricht. Diese Fiction findet statt „zu Gunsten des guten Glaubens des Andern," wenn derselbe „nicht auf eigenes Verschulden zurückzuführen" und „umgekehrt die äußere Erscheinung des Willens" dem Erklärenden „zuzurechnen" ist, „ohne daß es freilich auf ein eigentliches Verschulden im gewöhnlichen Sinne ankommt. In dieser Beziehung wird auf die vortreffliche Ausführung v. Jhering's über den relativen Begriff der culpa in Vertragsverhältnissen Bezug genommen."

---

1) In Endemann's Handbuch. II. S. 412.

2) a. a. O. vgl. namentlich S. 401—8.

II. Unter denjenigen Schriftstellern, welche der herrschenden Lehre ein grundsätzlich anderes Princip entgegenstellen, geht am weitesten Schall [1]), indem er für alle Geschäfte das Vorhandensein eines objectiven Geschäftsthatbestandes für genügend hält.

„Wenn der Handelnde einen objectiven Rechtsgeschäftsthatbestand verwirklicht, d. h. eine Handlung (gewollte Veränderung in der Außenwelt) vorgenommen hat, in welcher nach Rechtsvorschrift objectiv ein gewisses consilium (Willensbestimmung) zur Erscheinung kommt, treten die vom Recht an diesen Thatbestand geknüpften Rechtsfolgen ein — ohne Rücksicht auf das consilium, welches der Handelnde hatte."

Alsdann folgen die Ansichten Röver's, Thon's, Bekker's, Hasenöhrl's, welche theils für Willenserklärungen unter Lebenden (Röver), theils für Verträge (Bekker, Hasenöhrl), theils in unbestimmter Umgränzung („die meisten Rechtsgeschäfte," Thon) lediglich die Erklärung für entscheidend halten in dem Sinne, wie sie der Gegner verstand oder verstehen mußte, nach seinen billigen Erwartungen (Bekker), oder nach objectiver dem anderen Contrahenten zugänglicher Betrachtung (Hasenöhrl). Hasenöhrl läßt übrigens bei Zwang und Irrthum unter Umständen „Ausnahmen" eintreten.

Weniger weit geht Hölder, indem er zur Gültigkeit des Geschäftes eine Erklärung erfordert, welche mit dem Willen ihrer Entgegennahme als einer ernstlichen abgegeben ist, und den Inhalt der Erklärung nach der Absicht des Erklärenden beurtheilt, also z. B. eine äußerlich auf „Kaufen" gerichtete Erklärung als Miethsofferte auffaßt, wenn der Erklärende irrthümlich mit „Kaufen" den dem Wort „Miethen" zukommenden Sinn verbunden glaubte. Hölder's Ansicht unterscheidet sich also von der herrschenden im

[1]) Bezüglich der Meinungen Schall's, Röver's, Bekker's, Hasenöhrl's, Thon's, Hölder's vgl. die Anm. S. 69.

Wesentlichen nur dadurch, daß er in der Nichtbeachtung der Mentalreservation eine Folge des Princips erblickt, während die herrschende Lehre dieselbe als Ausnahme behandelt.

Im practischen Resultat nahe steht Kohler, nur verschiebt derselbe außerdem den Rechtsgeschäftsbegriff in doppelter Beziehung, indem er erstens den geistigen Erfolg der beabsichtigten Erklärung in der Person des Gegners (den Geisteseffect) erfordert, worüber schon oben [1]) gesprochen wurde, und zweitens unter Preisgabe alles dessen, was den Begriff des Rechtsgeschäftes zusammen hält, eine Reihe von Thatbeständen in den Rechtsgeschäftsbegriff hineinzieht, die mit demselben kaum eine äußere Aehnlichkeit besitzen. Gleichgültig ist nach ihm, ob die Rechtsfolgen gewollt sind oder nicht. „Das Recht sagt nicht: „Wähle Dir einen Rechtseffect, ich gewähre ihn Dir," sondern es sagt: „Ich schreibe gewissen Acten einen Rechtseffect zu und überlasse es Deinem freien Willen, ob Du diese Acte wählen willst oder nicht, Du kannst Dich danach benehmen." Gewollt braucht also nur „der Rechtsact" zu sein, welcher den Rechtseffect aus sich vi legis erzeugt. Dieser „Rechtsact" aber besteht bald in der Herbeiführung eines Natureffectes, man denke an Besitzergreifung oder Specification; oftmals in der Erzeugung eines objectiven immateriellen Gutes, man denke an das Urheberrecht, das Musterrecht, das Erfinderrecht; zumeist aber in der Erzeugung eines Geisteseffectes, eines geistigen Effectes, sei es auf einen bestimmten Andern, sei es auf das Publikum." „Was ist Kauf, Verkauf anders, als die beiderseitige Action von Geist auf Geist, worin der Eine sich dem Andern als Kaufenden, der Andere als Verkaufenden darstellt?"

Eine ganz besondere Stellung nimmt endlich Schloßmann ein [2]). Derselbe sucht wesentlich unter Berufung auf die von Bähr

---

[1]) S. 63 ff.

[2]) a. a. O. vergl. namentlich S. 100—128, 165 ff., 197 ff., 287 ff.



aufgestellten Sätze über Simulation, Mentalreservation, Scherz, Irrthum, Interpretation der Verträge und Vollmacht darzuthun, daß das Dogma von der bindenden Kraft des Willens von seinen Vertretern selber verleugnet werde; er verlangt aber von einem solchen „Dogma" Ausnahmslosigkeit wie bei Naturgesetzen, und verwirft deshalb das obige Dogma ganz. Den Begriff des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung hält er für scholastischen Ursprungs und den Vertragsbegriff für „ein juristisches Nichts."

Er geht aus von dem Standpunkt, daß es „eine höchste Form des Rechtsbewußtseins geben müsse, der wir uns nähern, und daß die darin enthaltenen Principien den Werth von Axiomen haben müssen. Wer sie erforscht hat, und mit der eingehenden Kenntniß der wirthschaftlichen und socialen Verhältnisse, auf die sie sich beziehen, ausgerüstet ist, der muß aus ihnen ein reich gegliedertes Recht durch Deduction ableiten können, in gleicher Weise, wie die gesammte Geometrie aus wenigen einfachen Axiomen mittelst casuistischer Anwendung auf die verschiedensten, bestimmten Eigenschaften nach bekannten Figuren deducirt wird." Sein Versuch, „diejenigen Erscheinungen, welche bisher aus dem Dogma von der bindenden Kraft der Verträge und des Willens hergeleitet sind, auf ein allgemein anerkanntes Rechtsaxiom zurückzuführen," hat als Ergebniß folgende Ansicht:

1) „Derjenige, dem ein Versprechen gegeben ist, empfindet die Nichterfüllung wie eine Vermögensbeschädigung. Das Leiden, welches Jemandem dadurch verursacht wird, daß ihm eine versprochene Sache nicht geleistet wird, ist in nichts von demjenigen verschieden, welches Jemand über die Zerstörung oder Entwendung einer eigenen Sache empfindet."

2. „Der Grund weshalb der Promissor haftet, liegt in dem allgemeinen in unserm unmittelbaren Bewußtsein enthaltenen und deshalb des Beweises nicht bedürftigen Axiom: Wer schuldhafter

Weise einen Andern verletzt, ist zur Wiederausgleichung des Schadens verpflichtet."

III. Einen vermittelnden Standpunkt nehmen **Hartmann** und **Leonhard** ein.

Hartmann läßt bald die Erklärung bald den inneren Willen entscheiden, jenachdem das Eine oder das Andere der guten Treue entspricht. „Die äußere Manifestation kann nur dann wegen Divergenz der inneren Absicht umgeworfen werden, wenn die gute Treue unter den näher bestimmten Voraussetzungen es gestattet; umgekehrt behauptet also die äußere Manifestation ihre Selbständigkeit und rechtsverbindliche Kraft, wenn die gute Treue die Bemängelung aus dem Inneren heraus verbietet."

Leonhard [1]) hält zwar principiell den **Sinn der Erklärung, wie ihn der Gegner verstehen mußte,** für entscheidend, gestattet aber doch ein Rückgehen auf die innere Absicht in folgenden wichtigen Fällen:

1) bei Testamenten;

2) bei einseitig belastenden Verträgen, denen er außer Schenkung und schenkweiser pollicitatio Novation, constitutum und fidejussio neuerdings auch alle Stipulationen beizählt;

3) bei Familienrechtsverträgen;

4) bei zweideutigem Ausdruck.

Der weite Umfang und die verschiedenartige Natur dieser vier Fälle berechtigen uns wohl **Leonhard's** Ansicht mit derjenigen **Hartmann's** zusammen in eine Kategorie zu stellen, wenn auch **Leonhard** selber die oben genannten vier Fälle als „Ausnahmen" des obengenannten Princips behandelt.

---

[1]) a. a. O. vergl. auch **Derselbe** in der Zeitschr. f. H. R. Bd. 26. S. 284 ff. und Archiv f. civil. Praxis Bd. 71 S. 47 ff.

§. 9. β) Das Princip.

1. Wenn es richtig ist, daß die Rechtsverhältnisse dem Menschen Güter gewähren sollen, Dinge und Verhältnisse, welche zur Befriedigung wahrer menschlicher Interessen dienlich sind, und wenn die Rechtsgeschäfte das hervorragendste Mittel für den Einzelnen sind, seine Rechtsverhältnisse und damit die ihm zugehörigen Güterkreise selbst zu gestalten, so ist diese Privatautonomie über die eigenen Rechtsverhältnisse unzweifelhaft dann die vollkommenste, den höheren Zweck am meisten deckende, wenn die Folgen des Geschäftes unmittelbar durch den wahren Willen des Geschäftssubjectes bestimmt werden. Jede principielle Abweichung von dem Gedanken, daß der Wille des Menschen die Rechtsfolgen des Geschäftes ordnet, von dem Willensprincip, zu dem sich das römische Recht in langjähriger Entwicklung durchgerungen hat, bedeutet eine Entwerthung des Rechtsgeschäftes vom Gesichtspunkte höherer Zweckmäßigkeit. Mögen wir die Erklärung in objectiver Betrachtung, oder den Sinn der Erklärung, wie ihn der Gegner unter den obwaltenden Umständen bei gehöriger Aufmerksamkeit verstehen mußte, oder den Geisteseffect, den die Erklärung im Gegner hervorrief, als das Entscheidende betrachten und die an diesen „Geisteseffect", an diesen „Sinn" vom Rechte geknüpften Folgen ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt seien, eintreten lassen, stets wird die Autonomie des Einzelnen über seine Rechtsverhältnisse verringert. Nicht in Freiheit, dem Künstler gleich, formt dann der Einzelne den Rechtsstoff, er kann nur Voraussetzungen schaffen, an welche das Recht unabhängig von seinem Willen Rechtsfolgen knüpft, und muß diese Rechtsfolgen alsdann hinnehmen, auch wenn sie den Vorstellungen in keiner Weise entsprechen, welche er durch die Schaffung jener Voraussetzungen zu verwirklichen gedachte. Um mutatis mutandis mit Kohler zu reden: Bei der ersten Auffassung sagt das Recht: „Wähle Dir einen Rechtserfolg und ich gebe ihn Dir"; bei der

letzteren: „Wähle Dir einen bestimmten Rechtserfolg, suche die Voraussetzungen auf, an die ein solcher Erfolg ein für allemal vom Rechte geknüpft ist, verwirkliche diese Voraussetzungen, so gut Du kannst, und nimm dann die Folgen, wenn sie doch nicht Deinem Wunsche entsprechen, als Strafe Deiner mangelhaften Vorsicht oder Rechtskenntniß oder auch ohne alle Schuld als ein Unglück geduldig hin."

II. Im Zusammenhange damit steht ein zweiter, noch ungleich wichtigerer und doch, so viel ich sehe, bisher kaum beachteter, namentlich von den Gegnern des Willensprincips gänzlich vernachlässigter Punkt.

Dem Juristen, namentlich dem gelehrten Juristen, erscheinen die Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte leicht nur als abstracte Gedankengebilde, an deren Zergliederung logisches Denken seine Kraft bewähren kann; im wirklichen Leben stehen sie mit dem gesammten Sein des Betreffenden, mit seinem Haben und seinem Können, mit seinen Bedürfnissen und seinem Erwerb, mit seinem Beruf und seiner Lebensfreude, mit seinem Pflichtgefühl und seiner Neigung im allerengsten Zusammenhang. Abstract juristischer Betrachtung ist die Ehe ein Vertrag; dem Leben die rechtliche Sanction des innigsten ethischen Bandes zwischen Mann und Weib. Dem Recht ist die Schenkung ein auf unentgeltliche Bereicherung des Einen auf Kosten des Andern gerichteter Vertrag, derselbe Vertrag, ob der Gegenstand 20, 200, 2000 oder 20,000 beträgt; dem Leben ist es eine nach Maßgabe des Vermögens des Schenkers, nach dem Bedürfniß des Beschenkten und nach der Natur der Veranlassung abgemessene Gabe der Liebe, der Dankbarkeit, des conventionellen Anstandes, des Mitleids u. s. w. Dem Auge des Juristen ist der Kauf der Vertrag über Tauschen eines Gutes gegen Geld, mag das Object sein, welches es will, mag der Kaufpreis 2000 oder 20,000 betragen. Dem Leben ein Tauschen gleichwerthiger oder für gleichwerthig erachteter Güter, deren der Eine aus

bestimmten Gründen und zu bestimmten Zwecken bedarf und die der Andre entbehren kann.

Kein Recht wird nun im Stande sein, diese vielfachen und äußerst mannigfaltigen Beziehungen des Rechtsgeschäftes zu den Lebensverhältnissen des Einzelnen als unmittelbar für den Bestand und Inhalt des Rechtsgeschäftes entscheidend anzuerkennen; aber darum ist der Zusammenhang keineswegs aufgehoben. Indem das Recht den Willen der Geschäftssubjecte als entscheidend betrachtet, verlegt es nur die Beurtheilung der Frage, was ihm frommt, was zu seinen ganzen Lebensverhältnissen paßt, was sein Bedürfniß erfordert, seinen Erwerb begünstigt, sein Pflichtgefühl erheischt, seine Liebe zu Andern verlangt, sein Streben nach Lebensfreude ihn wünschen läßt, und sein Vermögensstand erlaubt, in seine eigene Person, in sein Erwägen und Urtheilen, welche dem Wollen vorausgehen.

Wird aber die Erklärung auch ohne entsprechenden Willen für genügend für den Bestand des Geschäftes gehalten, dann ist bei allen denjenigen Geschäften, bei denen Wille und Erklärung divergiren, der Zusammenhang des Geschäftes mit den Lebensverhältnissen zerrissen. Statt des auf Abwägung aller Voraussetzungen, auf Prüfung des Bedürfnisses, des Werthes der Leistung und Gegenleistung, der eigenen Leistungsfähigkeit u. s. w. beruhenden Willens, herrscht der Zufall. Ein Zungenfehler, eine momentane Zerstreutheit, oder ein in Folge eines Irrthums falsch gewählter Ausdruck entscheidet den Ruin einer Familie. Der Eine kauft in Folge eines sog. error in corpore ein Haus, welches er (ein Geschäftsmann) nicht brauchen kann, und zu einem Preise, der ihn an den Bettelstab bringt, der Andre verkauft in ähnlichem Falle sein Geschäftshaus, die Grundlage seiner ganzen Berufsthätigkeit und seines steigenden Wohlstandes, zu einem Preise, der vielleicht nicht die darauf ruhenden Hypotheken deckt. Ein Dritter bezahlt einen Scherz, den der andere Theil in Folge eines besonderen, dem Scherzenden un-

bekannten Umstandes für Ernst genommen hat, mit seinem Vermögen, und das Alles **nicht nur, wenn der berechtigte Gedanke den Gegner vor Schaden zu schützen eine besondre Berücksichtigung dieses Gegners erheischt, sondern auch, wenn der Gegner durchaus keinen Schaden leidet, und nicht nur unser Billigkeits-, sondern unser Gerechtigkeitsgefühl sich gegen die Gültigkeit des Contractes geradezu aufbäumt.**

Man komme nur nicht mit dem Einwande, daß solche Beispiele der Theorie und nicht dem Leben entstammen. Das Leben gerade zeigt sie mit viel größerer Klarheit, wie theoretische Betrachtung sie ersinnen würde. Nur gelangen sie Dank der das Bewußtsein des Volkes wie der practischen Juristen im Ganzen Gottlob nach beherrschenden Willenstheorie selten zu gerichtlicher Cognition.

Beim öffentlichen Verkauf einiger Mündelgrundstücke im Werthe von 2000 bis allerhöchstens 3000 Thalern bot ein keineswegs wohlhabender Mann 20,000 Thaler. Die verkaufenden Vormünder nahmen das in gutem Glauben als wirkliche Willensmeinung an und ertheilten den Zuschlag; sie vermutheten nämlich in Folge dieses hohen Gebotes, daß die angeblich erfolglosen vor einiger Zeit in jener Gegend angestellten Nachgrabungen nach Kohlen doch wohl von Erfolg gewesen sein müßten, und daß der Käufer von einer Bergwerksgesellschaft beauftragt sei, sich der Grundstücke schnell um jeden Preis zu versichern. Ein Verschulden wird darin schwerlich gefunden werden können; denn wer wird an ein solches Versprechen zu glauben geneigt sein. Unmittelbar nachher stellte sich indessen evident heraus, daß nur ein Versprechen (20,000 statt 2000) vorlag, und der hinzugerufene Vormundschaftsrichter ließ einfach die Versteigerung fortsetzen.

Ein hessischer Bauer verkaufte vor etwa einem Jahre die 26 Stück Vieh seines Stalles für fast 17 Millionen Mark an einen wohlhabenden Viehhändler. Dolus lag auf keiner Seite vor. Der

Bauer namentlich hatte zwar die Vorstellung ein recht gutes Geschäft zu machen, aber keineswegs die Vorstellung der enormen Höhe des vereinbarten Preises. Sie waren nämlich bezüglich des Preises dahin überein gekommen, daß für das erste Stück 60 Pf. bezahlt werden sollte und so fort für jedes Stück das Doppelte des Vorhergehenden. Zum Rechtsstreit ist es, so viel mir bekannt, nicht gekommen, da kein Anwalt denselben übernehmen wollte.

Der jetzige Rentier, frühere Kaufmann A., bewohnt allein mit seiner Familie eine Villa vor dem Thore, welche etwa 150,000 Mk. werth ist. Er hat eine Annonce erlassen, daß er sein früheres Geschäftshaus in der Stadt Nr. 5 der X-Straße zu verkaufen wünsche. Professor B., welcher soeben von der Annonce gehört hat, ohne sie gelesen zu haben, trifft den A. auf einem Spaziergange, spricht von der Annonce (die er irriger Weise auf die Villa bezüglich denkt, da ihm das Geschäftshaus des A. ganz unbekannt ist), fragt welchen Preis A. denn „für sein Haus" verlange, schließt, da er den genannten Preis von 80,000 Mk. sehr billig findet, in der Furcht, ein Andrer, namentlich ein ihn begleitender Freund, der unverkennbar auch Lust dazu zeigt, könne ihm zuvorkommen, sofort ab und gebraucht dabei den begleitenden Freund als Zeugen. Da B. nach abgeschlossenem Vertrage den Wunsch ausspricht, das Haus alsbald zu besichtigen, so rufen sie eine Droschke heran, und bei der Angabe des Fahrzieles ergibt sich die Divergenz. Eine Zweideutigkeit ist nicht vorhanden; denn der Erklärung nach ist das Haus des A. verkauft, und er hat nur dieses eine; in der Villa wohnt er zur Miethe. Auch konnte A. den B. nicht wohl anders verstehen, als er ihn verstand, denn er mußte nach dessen einleitenden Worten meinen, B. habe die Annonce gelesen, zudem hat B. einen Schwiegersohn, der Kaufmann ist, und in dessen Interesse A. den Kauf abgeschlossen glaubte. Die Erklärungstheorie muß also den Kauf für gültig halten; Rechts- und Sittlichkeitsgefühl aber sprechen so entschieden die umgekehrte Sprache, daß, selbst wenn eine klare ge-

setzliche Bestimmung die Erklärungstheorie anerkennte, die Berufung auf dieselbe den Ruf des A. als eines ehrenhaften Mannes gefährden müßte.

Genug der Beispiele [1]). Es ist nicht zu viel gesagt: Die Erklärungstheorie, wirklich durchgeführt und nicht auf die regelmäßig ganz besonders gearteten Fälle beschränkt, in denen die Frage heutzutage überhaupt zur richterlichen Cognition kommt, löst den nothwendigen, nur durch den bewußten Willen hergestellten Zusammenhang des Geschäftes und der Lebensverhältnisse, ist also nicht zweckmäßig im höheren Sinne sondern zweckwidrig und verletzt unser Gerechtigkeits- und Sittlichkeitsgefühl.

III. Es sind denn auch nicht Gründe jener höheren Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit, welche die abweichenden Meinungen veranlaßt haben; im Gegentheil manche Gegner betrachten selber das Willensprincip als das Naturgemäße, dem sich kein Recht werde entziehen können [2]), oder gestehen auch wohl direct zu, daß ihre eigene Meinung der natürlichen Anschauung nicht entspreche [3]), allein sie berufen sich für dieselbe auf die Bedürfnisse des Verkehrs, auf die Interessen und den guten Glauben des Gegners. Es ist nun ohne Weiteres zuzugeben, daß die Verkehrssicherheit, die Fürsorge für die Interessen anderer Personen, in erster Linie des Mitcon-

---

1) Leonhard, Zeitschr. f. H. R. S. 296 glaubt die unleugbare, geradezu unerträgliche Härte, die darin liegt, ein Sichversprechen bei der Offerte nicht alsbald corrigiren zu dürfen, wenn inzwischen die Annahme erfolgte, dadurch abzuschwächen, daß die gleiche Härte auch vorliege, wenn der Gegner nicht auf eine alsbald nach geschlossenem Vertrage gewünschte Willensänderung eingehe. Er übersieht dabei nicht nur die Bedeutung des überlegten Entschlusses, sondern auch die völlige practische Verschiedenheit beider Fälle. Durch Versprechen werden, wie das erste Beispiel zeigt, Resultate zu Tage gefördert, auf die ein wirklicher Wille der betreffenden Person niemals sich richten würde.

2) Vergl. z. B. Regelsberger oben S. 70; Bähr, der von Fiction des Willens spricht oben S. 71.

3) Hasenöhrl a. a. O. S. 534.

trahenten bei Verträgen, häufig aber auch Dritter, eine starre ausnahmslose Durchführung des Willensprincips nicht verträgt. Es sind Ausnahmen nothwendig und wenigstens zum Theil auch schon im römischen Rechte aufgestellt; aber ich behaupte:

1) daß alle Rücksicht auf Verkehrssicherheit, guten Glauben und Interesse des Mitcontrahenten und Dritter nur Einzelausnahmen, nicht eine generelle Abweichung von dem Willensprincip begründen kann, und
2) daß die durch jene Rücksichtnahme geforderten Abweichungen in Folge der durchgreifenden Verschiedenheit der einzelnen Fälle zu verschiedener Natur sind, um unter ein einziges Princip, es sei denn ganz vag und unbestimmt, gebracht werden zu können.

Die letztere Behauptung wird uns im nächsten §. beschäftigen, die erstere ist hier zu erweisen; zuvor aber müssen wir uns, da auf diesem Gebiete Alles angefochten ist, erst die Möglichkeit, überhaupt an Ausnahmen zu denken, erkämpfen.

„Von einem wissenschaftlichen Dogma" sagt Schloßmann (a. a. O. S. 101), „kann es schlechthin keine Ausnahmen geben; es ist entweder für alle Erscheinungen, auf die es sich bezieht, wahr oder für keine derselben". „Sobald es feststeht, daß in irgend einem Falle aus einem sog. obligatorischen Vertrage eine Obligation entsteht, ohne daß der entsprechende Wille bei dem Verpflichteten vorhanden ist, steht zugleich auch fest, daß in keinem obligatorischen Vertrage der Wille des Obligirten der zureichende Grund für die Annahme einer Verbindlichkeit sein kann". Zum Beweise zieht er eine naturwissenschaftliche Theorie, die Undulationstheorie des Lichtes, herbei: „Sobald für irgend eine Lichterscheinung das Nichtvorhandensein oder die Unmöglichkeit des Vorhandenseins von Aetherschwingungen gezeigt werden könnte, so wäre damit offenbar die Undulationstheorie nicht nur für diesen Einzelfall, sondern überhaupt widerlegt".

Diese ganze Deduction wäre zutreffend, wenn ein „Dogma von bindender Kraft des Willens“ in dem von Schloßmann supponirten Sinne überhaupt existirte. Es hat aber meines Wissens noch Niemand den Privatwillen für die allein wirkende und einzige Ursache der Rechtswirkungen erklärt, gleichwie man Aetherschwingungen für die allein wirkende und einzige Ursache des Lichtes hält. Schloßmann bekämpft also nur — einen selbstgeschaffenen Feind. In Wahrheit liegt die Sache einfach genug. Alle Rechtswirkung führt schließlich auf das Recht im objectiven Sinne als letzte Ursache zurück [1]). Dieses stattet einerseits den menschlichen Willen mit rechtserzeugender Kraft aus, jedoch nur in gewissen durch das Recht selbst gezogenen Grenzen, andererseits aber führt es auch von den Einzelnen nicht gewollte Rechtswirkungen herbei, und das Letztere gilt nicht nur im Allgemeinen, sondern es gilt auch von dem speciellen Gebiete, das uns hier interessirt, dem Rechtsgeschäfte.

Wenn es bei diesem die wesentlichen Folgen im Normalfalle deshalb, weil sie gewollt sind, hervorruft, so verbietet doch kein logischer Grund, sie in besonders gearteten Fällen auch einmal, ohne daß sie gewollt sind, ins Leben treten zu lassen.

IV. Die Vertreter der Erklärungstheorie [2]) berufen sich vorwiegend darauf, daß durch die Erklärung in dem Empfänger derselben das Vertrauen erweckt werde, daß derselben ein wahrer und inhaltlich sich mit der Erklärung deckender Wille zu Grunde liege. Allein schon Zitelmann [3]) hat mit Recht darauf hingewiesen,

---

[1]) Genaueres hierüber später.

[2]) Zu denen ich hier namentlich Röver, Bekker, Schall, Hasenöhrl und Leonhard, in gewissem Sinne auch Bähr und in sehr engen Grenzen Regelsberger rechne, während die Ansichten von Hölder und Kohler, sowie von Hartmann besonders behandelt werden müssen, und diejenige Schloßmann's, als zu weit von unserer Untersuchungen abführend, nur gelegentlich mit besprochen werden kann.

[3]) a. a. O. S. 415 zustimmend Pernice, a. a. O. S. 113.

daß zwischen dem Vertrauen des Gegners und meiner Gebundenheit jede Brücke fehlt. Weil ein Anderer glaubt oder vertraut (und auch als bonus paterfamilias glauben darf), ich wolle ihm sein nur 40,000 werthes Haus für 80,000 abkaufen, soll ich gebunden sein, also vielleicht mein ganzes Vermögen verlieren? Um ihm die vielleicht unangenehme Enttäuschung zu ersparen, soll ich thun müssen, was er erwartet?

Natürlich ist das die Meinung der Anhänger der Erklärungstheorie nicht; ich soll nur haften, wenn ich dies Vertrauen verschuldet, oder vielmehr, da jede, auch die bei gespanntester Aufmerksamkeit und selbst ohne mein Zuthun durch Mängel der Erklärungsmittel (Boten, Telegraph) entstandene Abweichung der Erklärung vom Willen mir zur Last fallen soll, wenn ich das Vertrauen verursacht habe.

Aber auch so ist die Brücke keineswegs hergestellt. Daß durch meine Handlung, ja selbst durch meine Schuld, in ihm der Glaube erweckt ist, ich wolle kaufen, kann mich höchstens zum Ersatz des durch diesen Glauben für ihn entstandenen Schadens, also zur Leistung des sog. negativen Interesses verpflichten [1]. Gehen wir weiter, so statuiren wir damit, daß der subjectiv berechtigte Glaube an ein Recht diesem Rechte selbst gleich sei zum mindesten Demjenigen gegenüber, der diesen Glauben durch seine Handlung erweckt habe. Kurz wir kommen zu der bisher, so viel ich sehe, noch von Niemand gebilligten Vertrags- und Vermögenstheorie Schloßmann's.

Der Inhalt der Schloßmann'schen Vertragstheorie ist oben [2] angegeben. Zur Begründung derselben stellte Schloßmann [3] zunächst den Satz auf „Eine Vermögensverletzung ist vorhanden, wenn

---

[1] Vgl. Zitelmann S. 417, Pernice a. a. O.

[2] oben S. 74 ff.

[3] a. a. O. S. 295.

und soweit Jemand die Empfindung einer Schmälerung der für seinen Genuß verfügbaren Mittel und seiner wirthschaftlichen Macht hat und als bonus paterfamilias haben darf." Wird so der Begriff der Vermögensbeschädigung in die (subjectiv berechtigte) Empfindung verlegt, so muß natürlich auch der Begriff des Vermögens eine gleiche Umwandlung erfahren. Schloßmann (S. 296) definirt also das Vermögen einer Person als „den Inbegriff aller derjenigen wirklichen oder nur vorgestellten Güter und Werthe, zu welchen sie sich in ihrem Thun oder Denken in eine derartige Beziehung gesetzt hat, daß sie eine Schmälerung als verständig urtheilender Mann als Verletzung empfinden kann." Um diesen Vermögensbegriff zu stützen wird einerseits, ausgehend von dem Satze „Eingebildetes Leid und eingebildete Lust sind darum nicht weniger Leid und Lust, weil sie nur eingebildet sind", die Consequenz gezogen, die durch Entziehung einer Sache bewirkte Kränkung, sei dieselbe, wie diejenige, welche durch Vorenthaltung der versprochenen (auch der nach unserer Ansicht nicht geschuldeten) Sache hervorgerufen werde (S. 294 und 311) und andererseits auf die römische possessio verwiesen.

Beide Argumente sind m. E. verfehlt. Die possessio genießt keinen definitiven, sondern nur einen provisorischen Schutz, der im Endresultat dem Eigenthum weichen muß [1]); und selbst dieser provisorische Schutz wird ihr nicht um des psychischen Elementes, des animus, willen, sondern um des Eigenthums willen gegeben, wie m. E. Jhering durchaus zutreffend ausgeführt hat. Das erstere Argument aber verliert den realen Boden der Rechtsverhältnisse ganz aus den Augen, indem es dem Einen einen schweren Eingriff

---

[1]) Das Analogon, wenn eine Analogie hier überhaupt zulässig wäre, würde also höchstens darin bestehen, daß man auf Grund der Erklärung eine provisorische Klage gäbe und dem Beklagten es überließe, das Fehlen des Willens in einem folgenden Processe geltend zu machen.

in sein auf realen Ursachen beruhendes (durch Arbeit, eigene oder der Voreltern, erworbenes u. s. w.) Vermögen, das zu einem guten Theile die reale Grundlage seines Lebens und Wirkens bildet, deshalb zufügt, um einem Andern das Leid zu ersparen, von einer (wenn gleich subjectiv berechtigten) Illusion enttäuscht zu werden.

Nur ein an Ueberschätzung der „Empfindung“ krankendes Recht könnte so verfahren. Im Grunde beruht aber auf ganz demselben Gedanken das Argument der Erklärungstheorie, der Urheber einer seinem Willen nicht entsprechenden Erklärung müsse deshalb bei derselben behaftet werden, weil der Empfänger in seinen durch dieselbe erregten und von seinem Standpunkte aus berechtigten Erwartungen nicht enttäuscht werden dürfe.

V. Mit ganz besonderer Energie ist für die Erklärungstheorie der rechtspolitische Gedanke der allgemeinen Rechtssicherheit ins Feld geführt. Gewiß soll nicht verkannt werden, daß derselbe vielfach an sich unbegründete Rechtsänderungen herbeiführt. Nicht zum kleinsten Theil beruht auf ihm die Verjährung und Ersitzung; aber allerdings kommt hier als reales Element der Ablauf eines längeren Zeitabschnittes hinzu, der für das Bestehen eines dem factischen entsprechenden Rechtszustandes, auch wenn derselbe nicht, oder nicht mehr, beweisbar ist, eine menschliche Wahrscheinlichkeit gewährt, und der ferner die nach langer Zeit verlangte Beseitigung eingewurzelter Zustände als besonders hart erscheinen läßt.

Sodann begründet das Streben nach Rechtssicherheit die bekannten Regeln des Grundbuchrechtes und Handelsrechtes über gutgläubigen Erwerb und die deutschrechtliche Beschränkung der Vindication fahrender Habe; aber in diesen Fällen handelt es sich um das Interesse dritter Personen, die nicht in der Lage sind die Berechtigung ihrer Auctoren zu prüfen; hier dagegen haben wir es ganz vorwiegend mit den gegen einander abzuwägenden Interessen der beiden Contrahenten zu thun, während gerade, wo die Sicher-

heit Dritter in Frage kommt, nämlich bei der Simulation, auch die Erklärungstheorie völlig im Stich läßt.

Unzweifelhaft richtig ist trotz alledem, daß das Streben nach Rechtssicherheit selbst so weit führen kann, die quaestio voluntatis zu verbieten und lediglich die Form des Geschäftes, das gebrauchte Wort, entscheiden zu lassen. Daß eine solche ausschließliche Berücksichtigung der Form im älteren römischen Recht in der That bestanden hat, haben namentlich Jhering und Voigt, wenn auch wegen unserer unzulänglichen Nachrichten nicht streng bewiesen, doch in hohem Maße wahrscheinlich gemacht [1]).

Consequent einzuhalten ist aber dieser Standpunkt nur zur Zeit eines ausgeprägten Formalismus. Sowie man das Wort zu deuten beginnt, beginnt auch die Unsicherheit. Deutet man es mit der herrschenden Theorie nach dem Willen, so wird die Unsicherheit gehoben zu Gunsten des Erklärenden; folgt man der Erklärungstheorie, so geschieht dasselbe zu Gunsten des Gegners. Das Letztere bedeutet nach meiner Ueberzeugung im Ganzen und Großen (Einzelfälle können natürlich anders liegen) die größere Härte; denn es ist ceteris paribus ein größerer Eingriff in die Lebensverhältnisse, wenn ungewollte und daher in der Regel zu diesen Lebensverhältnissen nicht passende Rechtswirkungen hervorgerufen werden,

---

[1]) Daß der Formalismus, obgleich dem Streben nach Rechtssicherheit (und dem poetischen Drang übersinnliche Dinge durch sinnliche Zeichen zu symbolisiren) entsprungen, in seiner Uebertreibung gerade zur höchsten Rechtsunsicherheit führen kann, beweist nicht nur die bekannte Erzählung des Gajus von den vites succisae, sondern in noch eclatanterer Weise der mittelalterliche deutsche und französische Proceß, dessen bis zur Silben- und selbst Buchstabenstecherei ausgebildete und namentlich beim Eide sich auf Betonung, Körperhaltung, Miene und Geberde erstreckende Formenstrenge zudem durch ihren fiscalischen Beigeschmack einen besonders unerfreulichen Eindruck gewährt. Vgl. Siegel, die Gefahr vor Gericht im Rechtsgang. Wiener Sitzungsberichte, Philologisch-historische Classe. Bd. 51. S. 120 ff. und Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Proceß, daselbst Bd. 57. S. 655 ff., namentlich S. 667 ff., 687 ff.



als wenn nur beabsichtigte Rechtswirkungen unterbleiben. Es ist, trotz Allem, was man dagegen sagen mag, doch härter ein Gut, das man hat, zu verlieren, als ein nur erst erwartetes nicht zu bekommen. Hart aber ist unter Umständen auch das Letztere und deshalb ist in der That auch mit einer ausnahmslosen Willenstheorie nicht auszukommen. Wir müssen vielmehr anerkennen, daß in gewissen Fällen, namentlich wenn der Erklärende sich einer Berücksichtigung der eigenen Interessen durch seinen dolus unwürdig gemacht hat, eine Behaftung desselben bei der Erklärung trotz Mangels des Willens stattfinden muß, und daß in anderen Fällen der Erklärungsempfänger wenigstens vor Schaden durch Prästation des sog. negativen Interesses zu schützen ist.

VI. Aber noch eine andre Art der Rechtsunsicherheit, nämlich die des Beweises, ist in verschiedener Weise als Argument für die Erklärungstheorie benutzt.

1) So hat namentlich Hasenöhrl [1]) die Unrichtigkeit der herrschenden Lehre daraus erkennen wollen, „daß zum Beweise eines Vertrages der Beweis, daß die Willenserklärungen abgegeben worden seien, ganz allgemein als genügend betrachtet wird, und daß noch Niemand behauptet hat, es müsse der Contrahent, welcher sich auf den Vertrag stützt, neben der Willenserklärung auch noch das Vorhandensein des inneren Willens nachweisen."

Allein dabei hat er übersehen, daß überhaupt der Beweis innerer Zustände nur durch den Beweis äußerer Thatsachen erbracht werden kann, und daß aus der Abgabe einer Erklärung auf den entsprechenden Willen geschlossen wird, so daß es keines weiteren Beweises bedarf. Nur um die Zulassung des dem Erklärenden selber obliegenden Beweises, daß es trotz der Erklärung an dem entsprechenden Willen mangele, handelt es sich also, und dieser Beweis bringt wegen seiner großen Schwierigkeit keine nennens-

---

[1]) a. a. O. S. 534 ff.

werthe Gefährdung des Erklärungsempfängers mit sich. Für das Fehlen des Willens wird jeder Richter eclatante Beweise verlangen, so daß der Fall einer unrichtigen Vernichtung des Vertrages durch richterliches Urtheil gewiß zu den Seltenheiten gehört, während der umgekehrte Fall, daß der Mangel des Willens wegen Unbeweisbarkeit nicht berücksichtigt wird, gewiß ein sehr häufiger ist. Lehrreich ist für die Unterscheidung unglaublicher und glaublicher Behauptung eines vom objectiv betrachteten Sinn der Erklärung abweichenden Willens die L. 12 D. de transact (2. 15.)

> Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit. si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur.

und der allgemeine Satz, daß der Richter es bei der Prüfung des Beweises mangelnden Willens streng nehmen soll, enthält L. 69. pr. D. de leg. III. (32.)

> Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum *manifestum* est aliud sensisse testatorem.

2) Ferner ist häufig die angebliche practische Unbrauchbarkeit oder schwere Beweisbarkeit des sog. negativen Interesses für die Erklärungstheorie verwerthet [1]). Die Gültigkeit des Vertrages wird, namentlich in den Fällen des Irrthums, gleichsam als unvermeidliches Uebel gerechtfertigt, weil die eigentlich gerechte Zubilligung des negativen Interesses wegen der schweren Beweisbarkeit des

---

[1]) Bähr, Jahrbücher XIV. S. 422 ff., vergl. auch daselbst VI. S. 306; Bekker, Krit. Vierteljahrsschr. XXII., namentlich S. 52, 55, 56, 57; vergl. dagegen besonders Mommsen a. a. O. S. 52 ff. und Eisele, Jahrb. f. D. XXV. S. 498 ff.

Vorhandenseins und der Höhe eines solchen, nicht als genügender Schutz für den Gegner erscheine. Am klarsten findet sich dieser Gedanke, so viel ich sehe, bei Bekker ausgeprägt. Mit voller Klarheit und Absicht rechtfertigt derselbe in Irrthumsfällen zunächst lediglich die Prästation des negativen Interesses:

> „Die herrschende Lehre versieht sich darin, daß in dem einseitigen Bestreben dem Erklärenden und zugleich Irrenden die Autonomie über das eigene Privatgebiet möglichst uneingeschränkt zu erhalten, sie demselben Eingriffe in das Privatgebiet Andrer (des auf seine Erklärung hin Handelnden) gestattet, ohne ihn für den Anderen daraus erwachsenden Schaden verantwortlich zu machen."

womit ich vollkommen übereinstimme, und gründet die weitergehende Forderung, daß der Vertrag gültig sei, daß der Gegner „die Gegenleistung erzwingen könne", mit einem Worte die Erklärungstheorie auf die Unsicherheit des Begriffes der culpa in contrahendo und die Beweisschwierigkeit des negativen Interesses. Den ersten Punkt zu bestreiten bin ich nicht gewillt, da ich die Schadensersatzpflicht in diesem Falle nicht von dem Vorhandensein einer eigentlichen culpa abhängig mache, dieser Grund trifft also meine Ansicht nicht. Was aber den zweiten betrifft, so sind erhebliche Einwendungen zu machen.

a. In sehr vielen, namentlich den flagranten Fällen, wo der Irrthum alsbald nach geschlossenem Vertrage entdeckt wird, ist unbestreitbar überhaupt kein Schaden für den Gegner vorhanden.

b. In andern, z. B. in Bürgschaftsfällen (wo Jemand 600 Thaler statt 600 Mark borgt, weil der Bürge versehentlich Thaler geschrieben), ferner bei Ausführung von Aufträgen, sowie fast regelmäßig bei Ankauf und Verkauf marktgängiger Waaren u. dergl. ist das negative Interesse dem Erfüllungsinteresse practisch gleich, und der Causalnexus wird bei freier Beweiswürdigung vom Richter ohne Weiteres aus den Umständen geschlossen werden. (Der Richter

wird z. B. in der Regel ohne Weiteres annehmen dürfen, daß die Summe in Folge des Bürgschaftsscheines geliehen oder weiter creditirt sei; daß der Kaufmann die günstige Conjunctur, wenn er die Richtigkeit dieses Geschäftes gekannt, durch ein anderes ausgenützt habe; der Vermiether die vermeintlich vermiethete Wohnung anders habe vermiethen können und wollen.

c. Wenn trotzdem einige Fälle übrig bleiben, wo Vorhandensein und Höhe des negativen Interesses nicht bewiesen werden können, ja sogar dem Geschädigten selbst wegen Ungewißheit eines Factors (z. B. ob inzwischen andere annehmbare Gebote auf das vermeintlich verkaufte Haus erfolgt sein würden) unbekannt sind, so heißt es doch geradezu das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn man um diesen Fällen gerecht (genau genommen „übergerecht") zu werden, die ungleich schwereren Ungerechtigkeiten der Erklärungstheorie in den Kauf nimmt. Was das geltende Recht betrifft, so ist hier nur durch eine möglichst freie Auffassung des richterlichen Arbitrium bezüglich der Beweiswürdigung zu helfen; de lege ferenda empfiehlt es sich, dem Richter die Festsetzung einer arbiträren Geldsumme als Ersatz für vermuthlichen aber nicht erweislichen Schaden zu gestatten.

VII. Der letztbesprochene Punkt spricht wie gegen die Erklärungs- so auch gegen die Theorie Hartmann's. Wenn derselbe auch durch die doppelte Möglichkeit, den Vertrag bei Divergenz von Wille und Erklärung je nach Lage des Falles entweder für gültig, oder für nichtig zu halten, eine Reihe von besonders auffallenden Härten vermeidet, so muß er doch, eben weil er nur diese eine Alternative anerkennen will, den Erklärenden in vielen Fällen bei seiner Erklärung verhaften, wo nur die Zubilligung des negativen Interesses gerecht ist.

Außerdem aber scheint mir seine Ansicht neben anderen [1]) an zwei entscheidenden Mängeln zu leiden.

1) In den Quellen wird, wie in folgenden §§. gezeigt werden soll, das Princip, daß der Wille entscheidet, als Princip festgehalten (unbeschadet einzelner Modificationen und Ausnahmen), und, wie schon mehrfach betont wurde, mit Recht, da es dem Zwecke des Rechtsgeschäftes, dem Menschen eine Autonomie über seine Rechtsverhältnisse zu geben, am vollkommensten gerecht wird und allein im Stande ist, die nöthige Harmonie der Geschäftswirkungen und der Lebensverhältnisse der handelnden Personen aufrecht zu erhalten. Soll nun von diesem Princip da, wo anderenfalls die gute Treue verletzt würde, abgewichen werden, so muß doch diese Abweichung als Ausnahme erscheinen. Während Hartmann bald dem Willen bald der Erklärung den Vorzug gibt, je nachdem die „gute Treue“ das eine oder das andere verlangt, müßten wir behaupten, daß das Rechtsgeschäft die wahre Absicht der geschäftsschließenden Personen erfordere, daß aber von diesem Erforderniß da abgesehen werde, wo die Geltendmachung des Fehlens der inneren Absicht die „gute Treue“ verletzen würde. Der Unterschied ist keineswegs nur ein theoretischer. Dadurch, daß wir die eine Möglichkeit zur Regel, die andere zur Ausnahme machen, sind alle zweifelhaften Fälle der ersteren, als der Regel, zugewiesen.

2) Aber selbst in der vorgeschlagenen Formulirung würde die

---

[1]) So weist z. B. Eisele in der citirten Abhandlung S. 470 auf Folgendes hin: „Statuirt man das Zustandekommen eines Vertrages von vorn herein auf Grund der Uebereinstimmung der Erklärungen bis zur Beseitigung derselben nach den Anforderungen der guten Treue, so ist nicht einzusehen, in wie fern eine solche Beseitigung zu rechtfertigen sei durch die bloße Thatsache, daß der Gegner keinen Schaden habe; läßt man aber die Frage, ob ein Vertrag zu Stande gekommen, in der Schwebe, so entscheidet der später eintretende Umstand, daß nicht mehr res integra ist, darüber, ob ein Vertrag zu Stande kam, oder nicht.“

Hartmann'sche Ansicht nur einen Grundgedanken geben, dessen völlige Ausbildung nicht einfach dem Richter zu überlassen ist, sondern dem Rechte im objectiven Sinn anheimfällt. Die Frage ist eben, in welchen Fällen die gute Treue eine Abweichung von dem Willensprincip erfordert, und wie weit diese Abweichung in jedem dieser Fälle reicht. Für einzelne der Fälle finden sich im römischen Recht bestimmte Regeln, in anderen haben wir nach dem Geiste des Rechts und den Bedürfnissen des Verkehrs zu ergänzen. Fast jede der über unsere Frage erschienenen Abhandlungen gibt werthvolle Fingerzeige für diese einzelnen Abweichungen vom Princip [1]), nur darin sind m. E. die meisten derselben zu weit gegangen, daß sie, statt diese Modificationen des Princips zu formuliren, einer generellen Umformung des Princips zustrebten.

VIII. Weit geringer ist, vom practischen Gesichtspunkt betrachtet, die Abweichung Hölder's von der herrschenden Ansicht. Bei ihrer Aufstellung ist nicht das Verkehrsinteresse, sondern das dogmatische Interesse der springende Punkt gewesen. Wenn nämlich Hölder in den Fällen des Versprechens und Verschreibens, kurz in allen Fällen der Abirrung der Erklärungshandlung auf ihrem Wege in die Außenwelt (sog. Verirrung), den Vertrag für nichtig erklärt, so scheidet er offenbar gerade einen großen Theil derjenigen Fälle von dem Geltungsgebiet der Erklärungstheorie aus, in denen nicht nur für den Gegner eine Täuschung leicht eintritt, sondern auch eine Nachlässigkeit des Erklärenden besonders häufig vorhanden ist. Der Grund des Versprechens und Verschreibens liegt ja in einer mangelhaften Concentration auf den in Frage stehenden Gegenstand. Andre Vorstellungen drängen sich ein, und da der Mechanismus unserer Nerven und Muskeln sich gewöhnt hat, einmal in Thätigkeit gesetzt, die unseren Vorstellungen entsprechenden Worte zu schreiben

---

1) Es gilt dies namentlich auch von der umfangreichen Arbeit Leonhard's.



oder auszusprechen, so schreibt er in einem Moment mangelhafter Controle auch das jenen absichtswidrig eingedrungenen Vorstellungen entsprechende Wort nieder, ohne daß ein auf Niederschreiben dieses Wortes gerichteter Wille vorhanden war [1]).

Ebenso führt seine Lehre in Irrthumsfällen zur Nichtigkeit des Vertrages, weil er die Erklärung auch bei völlig anderem Wortsinn („miethen" statt „kaufen") im Sinne des Erklärenden auffaßt, so daß dann der Vertrag wegen Nichtübereinstimmung der Erklärungen nichtig ist.

Aber auch vom dogmatischen Standpunkte verdient Hölder's Ansicht keineswegs den Vorzug. Zwar gewährt sie den scheinbaren Vortheil, die Nichtbeachtung der Mentalreservation als Consequenz der Regel und nicht als Ausnahme zu betrachten. Dafür aber wird der entscheidende Gesichtspunkt völlig verschoben; denn der wahre Grund der Haftung liegt nicht in der Abgabe der Erklärung mit der Absicht der Entgegennahme als einer ernstlichen, sondern in dem Willen der sich in der Erklärung dem Gegner binden will. Auch practisch bleibt diese Abweichung nicht ganz ohne Folge. Wird im Scherz oder aus andern nicht unsittlichen Gründen eine Erklär-

---

1) Pernice behauptet S. 134, im Falle des Versprechens, Verschreibens sei das falsch geschriebene oder gesprochene Wort doch gewollt in dem vorübergehenden Augenblicke, wo es gesprochen oder geschrieben wurde. Vgl. dagegen Sigwart, kl. Schriften. II. S. 202, namentlich S. 205. Zuzugeben ist freilich, daß diejenigen, welche den Willen mit Innervation für gleichbedeutend halten, hier wirklichen (unbewußten) Willen annehmen müssen; aber die Unrichtigkeit einer solchen Ansicht ist schon oben nachgewiesen (§. 1.). Aehnlich wie Pernice auch Leonhard S. 323 ff.: „Der Geist communicirt direct mit dem Munde, und wenn dieser etwas Unerwünschtes spricht, namentlich es als gewünscht erklärt, so muß ersterer es im letzten Augenblick vorher gedacht oder gewünscht haben." Leonhard verwechselt indes, wie das folgende Beispiel zeigt, diesen Fall der sog. Verirrung mit dem ganz anderen Fall bewußter Wahl eines Ausdrucks, der das Gewollte nicht deckt, sondern nur in Folge eines Irrthums als dasselbe deckend vorgestellt wird.

ung in der Absicht abgegeben, daß der Gegner sie für ernst halten soll (etwa um ihn zu necken, oder wenn er schwer krank ist, ihn zu beruhigen), und gelingt die Täuschung, so daß also der Vertrag äußerlich als abgeschlossen erscheint, so müßte das Geschäft nach der Consequenz der H.'schen Ansicht gültig sein, selbst wenn sofortige oder doch rechtzeitige Aufklärung erfolgt, und der Gegner nicht den geringsten Schaden leidet. In Consequenz unserer Ausführungen ist dagegen der Vertrag für nichtig zu halten. Die Gültigkeit im Falle der Mentalreservation beruht nur auf dem unsittlichen Character derselben und dieser ist in den berührten Fällen, selbst bei Scherz und sogar Spott, wenn derselbe auch unpassend ist, nicht vorhanden.

Zu einer ausnahmslosen Formulirung kann aber Hölder trotz alledem auch nicht gelangen, da z. B. die Grundsätze des römischen und heutigen Rechts über Institoren und Handelsbevollmächtigte, Erlöschung von Vollmachten u. s. w. doch Ausnahmen bedingen.

IX. Gegen die Ansicht Kohler's endlich sprechen im wesentlichen dieselben Gründe wie gegen diejenige Hölder's. Hinzu aber kommt seine völlige Zerreißung des Geschäftsbegriffs durch Aufnahme ganz heterogener Handlungen in denselben. Doch liegt dieser Punkt nicht auf dem Wege unserer Untersuchung und zudem ist dagegen von Andern so viel Treffendes eingewandt, daß auf eine weitere Widerlegung verzichtet werden darf.

§. 10. γ) Nothwendigkeit von Ausnahmen und Modificationen.

Die einzelnen Ausnahmen und Modificationen des Willensprincips, welche der Verkehr verlangt, sind unter einander keineswegs gleichartig. Um dies und die Unentbehrlichkeit solcher Modificationen zu zeigen, wird es genügen, einige derselben als Beispiele hervorzuheben.

I. Wollte man den Grundsatz, daß das Geschäft bei mangelndem Willen nichtig sei, auch im Falle der Mentalreservation auf-

recht erhalten, so wäre der ehrliche Contrahent dem betrügerischen geradezu preisgegeben; denn stets könnte der Letztere sich den Beweis, daß er innerlich das Geschäft nicht gewollt, sichern [1]) und mit dieser Behauptung und den zu diesem Zweck vorbereiteten Beweismitteln nur, wenn es vortheilhaft erscheint, hervortreten. Die practische Gültigkeit oder Ungültigkeit des Geschäftes würde in jedes gewissenlosen Contrahenten Hand gelegt sein.

Zitelmann [2]) glaubt nun nach dem Vorgange Schliemann's [3]) die Nichtbeachtung der Mentalreservation sei mit dem obengenannten Princip deshalb in Einklang, weil sie lediglich aus der Machtvollkommenheit des Richters herfließe, die Berufung auf eine propria turpitudo nicht zu dulden.

Das Rechtsgeschäft würde darnach also in Wahrheit nichtig sein, nur der dolose Contrahent selbst könnte sich auf diese Nichtigkeit nicht berufen. Auch dann läge immerhin eine erhebliche, wenn auch nur practische Modification unseres Princips vor, allein dieselbe ist nicht einmal ausreichend, weil aus ihr die Nichtbeachtung der Mentalreservation gegenüber den Singularsuccessoren dessen, der sie verübt, nicht hergeleitet werden kann.

---

[1]) Die Behauptung, die Mentalreservation sei unbeweisbar, ist in ihrer Allgemeinheit jetzt allgemein aufgegeben. Man betrachte z. B. folgenden Fall. Der Stadtrath A. bittet seinen Gartennachbar, Rechtsanwalt B., ihm zu gestatten entgegen der Bauordnung unmittelbar an der Grenze unter Anlegung von Fenstern nach jener Seite zu bauen. B., der sich zu dem vakanten Posten des Bürgermeisters der Stadt gemeldet hat, und andernfalls die Stimme des einflußreichen A. zu verlieren fürchtet, willigt in einem schriftlichen Contracte ein, nachdem er vorher in einer von mehreren glaubwürdigen Zeugen errichteten und bei einem Notar deponirten Urkunde erklärt hat, daß er die Einwilligung nur zum Schein gebe, in Wahrheit keinenfalls die Gestattung geben wolle und unmittelbar nach der Wahl mit dieser Urkunde hervortreten werde, was auch geschieht. Der entgegengesetzte innere Wille dürfte hier gewiß nicht zu bezweifeln sein, sondern nur die Relevanz desselben.

[2]) a. a. O. S. 402.

[3]) Lehre vom Zwange. S. 120.

Hat beispielsweise der A. ein Grundstück an B. verkauft und pretio soluto tradirt, sich aber für beide Acte den Beweis der Mentalreservation gesichert und darauf dem C. und D. Nießbrauchs- und Pfandrechte an dem Grundstück bestellt, so läge nach Zitelmann's Construction keine Möglichkeit vor, den C. und D., welche sich nicht in betrügerischem Einverständniß befunden haben, mit ihrer Berufung auf die Mentalreservation zurückzuweisen. Ja selbst einem beliebigen Dritten gegenüber, welcher später in den Besitz des Grundstücks gekommen wäre, würde der B. nicht mit der Eigenthums- oder publicianischen Klage durchdringen, da dieser sich auf die aus der Mentalreservation hervorgehende Nichtigkeit des Kaufes und der Tradition berufen könnte, ohne von einer propria turpitudo zu reden.

So ansprechend also der Schliemann-Zitelmann'sche Gedanke ist, für ausreichend kann er nicht gehalten werden und die Quellen geben für denselben keine Stütze[1]. Für eine weiter gehende völlige Nichtbeachtung der Mentalreservation wenigstens gegenüber einem gutgläubigen Erwerber kann dagegen einiger Anhalt in den Quellen gefunden werden. Wenn es in L. 37. § 6. D. de acqu. rer. dom. (41. 1.) (Julianus) heißt:

> si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is *hac mente* acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.

so liegt es gewiß nahe den scheinbar entgegengesetzten Ausspruch der

> L. 13. D. de donationibus (39. 5) (Ulpianus) si procuratori meo hoc animo tradiderit, ut mihi acquirat, ille *quasi sibi acquisiturus* acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

auf den Fall der Mentalreservation zu beziehen. Der Sinn wäre dann folgender: Wenn Jemand meinem Vertreter in der Absicht

1) L. 1. § 1. D. de pign. act. 13. 7 und L. 30. pr. D. ad S. C. Vell. 16. 1 geben überhaupt keinen unzweifelhaften Quellenbeweis, sind aber sicher zum Beweise gerade der Z.'schen Construction nicht zu benutzen.

mich zum Eigenthümer zu machen tradirt, so werde ich trotz der (mir unbewußten) Mentalreservation meines Vertreters, der in Wahrheit für sich selbst erwerben will, Eigenthümer. Mit andern Worten nicht nur mein Vertreter, der die turpitudo beging, sondern auch der Tradent und jeder beliebige Dritte kann sich mir gegenüber nicht auf die mir zur Zeit des Erwerbes nicht bewußte Mentalreservation meines Vertreters berufen.

Der Grund der Nichtbeachtung der Mentalreservation liegt meines Erachtens darin, daß das Interesse des Getäuschten gesichert werden soll ohne jede Rücksicht auf das Interesse des Täuschenden, weil dieser sich durch die Täuschung einer solchen Berücksichtigung unwürdig gemacht hat. Deshalb darf man die Mentalreservation, wenn sie erweislich aus guten oder vermeintlich guten (Beruhigung eines Kranken) oder auch nur aus harmlosen, wenn gleich nicht zu billigenden Motiven (Scherz) entsprang, nicht in gleicher Weise behandeln, sondern hier nur eine Verurtheilung zur Präſtation des negativen Interesses für gerecht halten [1]. Aus gleichem Grunde ist die Einrede des fehlenden Willens auch dann für zuläſſig zu halten, wenn der Urheber einer Erklärung zur Abgabe derselben durch Drohung gezwungen wurde und anzunehmen ist, daß durch die Drohung nicht etwa sein Wille (sich zu verpflichten u. s. w.) bestimmt ist, sondern, daß er täuschungshalber die Erklärung ohne den entsprechenden Willen abgegeben habe. Einen solchen Fall, nämlich eine in Folge Zwanges erfolgte Scheinantretung (fallens adierit) finde ich in L. 6. § 7. D. de acqu. vel om. her. (29. 2). Dies aber ohne weiteres mit Kohler [2]) als das Regelmäßige zu betrachten, dem Gezwungenen also regelmäßig eine, wenngleich entschuldbare

---

[1]) Vgl. oben S. 94 ff. Andrer Meinung ist Pernice a. a. O. S. 116 ff. Nicht zu verwechseln ist natürlich der im Texte besprochene Fall mit dem ganz andern, wo die Erklärung gegeben wird in der Absicht, nur als Scherz verstanden zu werden. Vergl. Windscheid, Pand. § 75. Anm. 2.

[2]) Jahrbücher 16. S. 340 ff.

Lüge zu imputiren, stimmt nicht zu den Anforderungen, welche die Römer an den Charakter eines Mannes stellten. Daß sie es nicht gethan, kann also gewiß nicht als Argument für die Theorie Kohler's, daß der Erklärungswille zur Gültigkeit des Geschäftes genüge, benutzt werden [1]).

2) Das simulirte Geschäft ist nichtig. Aber auch hier würden bei völliger Durchführung unseres Princips, wo Rechte getäuschter Dritter in Frage stehen, Härten sich zeigen, die eine Ausgleichung verlangen. Ich beschränke mich auf zwei dem Rechtsleben entnommene Beispiele. Ein Vater hatte seinen Sohn vor Gericht emancipirt, nachdem zuvor zwischen Beiden durch eine von Zeugen mitunterzeichnete Urkunde festgestellt war, daß dieser Act nur zum Schein vorgenommen werde, in Wahrheit aber alle Rechte des Vaters in Bezug auf die Person und die Rechte des Hauskindes bestehen bleiben sollten. Der Sohn hat nach dem Emancipationsact Veräußerungen von Adventizgütern an Personen vorgenommen, welche ihn in Folge des Emancipationsactes für selbständig hielten. Darf der Vater diese Veräußerungen unter Berufung auf das Fortbestehen der väterlichen Gewalt als nichtig behandeln und die fraglichen Sachen vindiciren? Ein ausführlich von Hartmann [2]) mitgetheiltes Beispiel enthält folgenden juristischen Kern. Der H. hat in der Absicht in einem bevorstehenden Expropriatiosverfahren höhere Preise zu erzielen, mit dem Rechtsanwalt L. einen Scheinverkauf über Ländereien zu hohem Preise abgeschlossen und in der öffentlichen Verkaufsurkunde ist über den Empfang des Kaufpreises quittirt, wie denn auch L. die Ablieferung der Grundstücke zu seiner Zufriedenheit anerkannt hatte. Der Scheinkäufer hat nun auf Grund dieser Urkunde die fraglichen Grundstücke für ein Darlehen von

1) Vergl. auch Zitelmann, Jahrbücher 16. S. 402, der allerdings weiter als nöthig und m. E. auch weiter als richtig, geht.

2) a. a. O. S. 3 ff., daselbst noch weitere Beispiele, namentlich aus der französischen Praxis.

16,000 Thalern der Kieler Bank, welche sich in bona fide befand, verpfändet. Zweifellos ist, daß H. die Ländereien von L. vindiciren kann. Würde es aber nicht eine Untergrabung aller Rechtssicherheit und der Treue, die den Verkehr beherrschen soll, bedeuten, wenn er auch die Hypothek als nichtig behandeln dürfte? In vielen Fällen werden diese Härten für den Handelsverkehr durch die bekannte Bestimmung des Art. 306 und 7 des H. G. B.'s und für den Verkehr mit Grundstücken durch den öffentlichen Glauben der Grundbücher paralysirt. Aber es bleiben außerhalb dieser Gebiete, Uebelstände genug, die den Grundsatz fordern: Die Behauptung, daß ein Geschäft ohne den wahren Willen der geschäftsschließenden Personen mit der Absicht der Täuschung Dritter abgeschlossen sei, ist demjenigen gegenüber ausgeschlossen, welcher in dem Glauben an die Gültigkeit des Geschäftes Rechte erworben hat.

Die Begründung ist dieselbe wie bei der Mentalreservation; denn auch hier liegt eine beabsichtigte Täuschung vor, die sich freilich nicht gegen den unmittelbaren Gegner, sondern gegen Dritte richtet (das Publikum wird belogen), und in Folge dessen auch nur getäuschten Dritten gegenüber die Berufung auf den mangelnden Willen ausschließt [1]). Für viele hierhergehörige Fälle läßt sich ferner, wie Mommsen [2]) meines Erachtens richtig ausgeführt hat, die Analogie der Grundsätze verwerthen, welche das römische Recht über die Vertragsschließung durch Stellvertreter aufstellt. Wie der Aussteller einer Dritten bekannt gegebenen oder werdenden Vollmacht dieselbe trotz geheimer Gegeninstruction an den Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen muß, so muß auch derjenige, welcher einem

---

1) So im Wesentlichen schon Dernburg, Pr. Privatr. I. § 104 und namentlich Pand. I. S. 228. Vergl. Kohler, Jahrb. f. Dogmatik. XVI. S. 127 ff.; Hartmann a. a. O. S. 3 ff.; Leonhard, Irrthum. S. 131 ff.; Regelsberger, Endemann's Handb. d. H. R. II. S. 408; doch beschränken manche der Genannten, wie mir scheint, ohne genügenden Grund das Gesagte auf solche Dritte, welche ex onerosa causa erworben haben.

1) a. a. O. S. 99 ff. Vgl. Regelsberger in Endemann's Handb. II. 408.

Andern durch den äußerlichen Abschluß eines Geschäftes, welches Dritten gegenüber als ernstliches erscheinen soll und erscheint, äußerlich die Legitimation zum Abschluß gewisser eigener Geschäfte verschafft hat, diese gegen sich gelten lassen, auch wenn er selbst mit dem andern Theile über die Wirkungslosigkeit des zwischen ihnen nur zum Schein geschlossenen Geschäftes übereingekommen war. In dem zweiten der oben angeführten Beispiele müßte also der H. die Verpfändung an die Kieler Bank deshalb gegen sich gelten lassen, weil er durch die Scheinveräußerung dem L. Dritten und auch der Kieler Bank gegenüber äußerlich die Legitimation zur Verpfändung der Grundstücke verschafft hat; in dem ersten waren die von dem Sohne gutgläubigen Dritten gegenüber vorgenommenen Acte gültig, weil dem Sohne durch die Scheinemancipation Dritten gegenüber die Legitimation zur selbständigen Vornahme jener Acte verschafft war.

Für alle Fälle reicht dagegen diese Analogie nicht aus, wie z. B. wenn durch ein simulirtes für die eine Partei sehr günstiges Geschäft der Credit derselben gehoben werden sollte, und nun Dritte im allgemeinen Vertrauen auf jenes Geschäft, aber nicht über den Gegenstand desselben Geschäfte abgeschlossen, also z. B. größere Darlehen gegeben haben, um deren zwangsweise Befriedigung aus jenen zum Schein veräußerten Vermögensobjecten es sich handelt.

3) Daß in den Fällen des Irrthums die Annahme, das Geschäft sei stets gültig, wenn die Gegenpartei den Irrthum weder erkannte noch erkennen mußte, den Gesetzen der Billigkeit und Treue geradezu Hohn sprechen würde, ist schon oben (S. 78 ff.) gezeigt. Niemals wird sich der Rechtssinn des Volkes, nachdem es einmal den Gedanken der bona fides erfaßt hat, in eine Regel finden, welche die alsbaldige Correctur eines (vielleicht sehr verhängnißvollen) Fehlgriffes im Ausdruck nach erfolgter Gegenerklärung von der anderen Seite verbietet und sich nicht scheut, die bittere Klage

des Geschädigten, daß er ohne Rücksicht auf die gesammten realen Verhältnisse im Wort gleich einer vom Recht gestellten Falle gefangen gehalten werde, mit dem Bonmot „Hast Du Dich versprochen, so hast Du doch versprochen" abzufertigen.

Das Gesagte aber gilt in ganz gleicher Weise auch in den Fällen, wo der Erklärende in Unkenntniß der Landessprache oder in Folge einer Verwechslung oder aus sonstigem Irrthum oder Unkenntniß einen Ausdruck, eine Sach- oder Personenbezeichnung u. dgl. gewählt hat, welche mit seinem wahren Willen im Widerspruch steht, also z. B. wenn er das „Haus des A." dem Ausdruck nach gekauft hat, damit aber in Wahrheit die von A. bewohnte (nur gemiethete) Villa bezeichnen wollte (oben S. 80), oder als Däne in Schleswig ein Geschäft über Mark abgeschlossen hat und (erweislich!!) dänische, nicht deutsche Mark, meinte. In allen diesen Fällen würde, wenn der Irrthum alsbald nach geschlossenem Geschäft, so lange noch völlig res integra ist, aufgeklärt wird, die Aufrechterhaltung desselben nicht als Gerechtigkeit, sondern als unsittliche Ausbeutung erscheinen.

Denken wir nun in diesen oder ähnlichen Irrthumsfällen die Sachlage darin verändert, daß die andre Partei durch die einfache Nichtigkeit Schaden erleiden würde, etwa weil sie in Folge der vermeintlichen Gültigkeit des Geschäftes schon Aufwendungen gemacht, oder andre Offerten ausgeschlagen hat, so kann doch dieser Schaden, wie gleichfalls schon ausgeführt wurde, niemals mehr als einen Schadensersatzanspruch begründen. Die Unzulänglichkeit der von Hartmann aufgestellten Alternative, nach der nur zwischen Gültigkeit und völliger Wirkungslosigkeit zu wählen ist, tritt hier besonders deutlich hervor. Man denke sich nur das Geschäftsobject und den Nachtheil, den der eine Contrahent durch die Aufrechterhaltung des Geschäftes hätte, recht groß und den Schaden, den der andere durch die einfache Nichtigkeit haben würde, recht klein, indem derselbe z. B. in Folge des Geschäftes zwar Aufwendungen,

aber nur ganz minimale, gemacht hat. Nach Hartmann hat der Richter hier nur die Wahl zwischen zwei Ungerechtigkeiten, von denen in Wahrheit keine der „guten Treue“ entspricht. Vermeidet er die Scylla, so fällt er in die Charybdis. In Wahrheit liegt aber das gute gerade Fahrwasser zwischen diesen beiden Extremen. Ein rechtschaffener Mann wird sich in einem solchen Fall keinen Augenblick besinnen, daß er zwar Ersatz des durch den Gegner verursachten Schadens, aber nicht die Aufrechterhaltung des Contractes nach der „guten Treue“ verlangen kann, und was ein rechtschaffener Mann als Recht und Pflicht fühlt, führt das Recht aus, indem es den Vertrag für nichtig erklärt, aber eine Klage auf das sog. negative Interesse zuläßt.

Es ist denn auch in den letzten Jahrzehnten die nicht nur vorwiegende, sondern nahezu herrschende Meinung [1]) geworden, daß in allen Fällen, wo Jemand durch Abgabe einer Vertragserklärung bei dem in der Auffassung derselben tadelfrei verfahrenen Empfänger die Erwartung der Gültigkeit des Vertrages und in weiterer Folge derselben einen Vermögensschaden verursacht hat, ein Schadensersatzanspruch (sog. negatives Interesse) bestehe [2]).

Eine nähere Begründung dieses Satzes liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit. Für unsern Zweck, zu zeigen, daß weder eine ausnahmslose Willenstheorie (d. h. eine Theorie, welche bei mangelndem Willen die absolute Wirkungslosigkeit der Erklärung annimmt) noch die Erklärungstheorie unserm Rechtsgefühl wie dem practischen Bedürfniß entspricht, dürfte das Gesagte genügen.

4) Bei einem in Folge eines Irrthums verdeckt gebliebenen Dissens über Nebenpunkte müßte die strenge Aufrechterhaltung des

---

[1]) Abgesehen natürlich von denen, welche den Vertrag in solchen Fällen sogar für gültig halten.

[2]) Vergl. die reichen Litteraturnachweisungen bei Windscheid, Pand. II. § 307. Anm. 5. § 309. Anm. 5 u. 6; ferner Eisele, Jahrb. 25. S. 466 ff.

Willensprincips ebenfalls zur Nichtigkeit des Vertrages führen; denn wahre innere Willenseinigung über den ganzen Inhalt des Vertrages ist hier nicht vorhanden. Entschiede also nur der Wille, so wäre der Vertrag ebenso wenig zu Stande gekommen, als wenn bewußtermaßen bei der Vertragsschließung über einen Nebenpunkt noch keine Einigung erzielt ist.

Gleichwohl besagt die L. 34. pr. D. de contr. emt. (18. 1), daß der Kauf eines Grundstückes gültig ist, wenn verabredet wurde, daß der Sclav Stichus als Accession mitverkauft sein soll, und jeder Contrahent einen anderen Stichus im Sinne hatte. Diese Entscheidung ist auch innerlich gerechtfertigt und zwar durch denselben Gedanken höherer Zweckmäßigkeit, der dem Willensprincip zu Grunde liegt. Die Nichtigkeit des Geschäftes statuiren hieße hier ja, der Accession halber den in der Hauptsache geeinten Willen der Parteien ganz außer Kraft setzen. In dem Dilemma, den Willen gar nicht oder nur mit einer Modification bezüglich des Nebenpunktes ausführen zu können, wählt das Recht das Letztere als das, gerade vom Grundgedanken des Willensprincip aus betrachtet, geringere Uebel.

Freilich kann nun die Accession, um die es sich handelt, recht werthvoll sein; aber wie wäre es denn möglich, ein bestimmtes Verhältniß zwischen dem Hauptgegenstande des Geschäftes und der Accession als Grenze zu setzen, über welche hinaus der Dissensus bezüglich der Accession das Geschäft vernichten würde? Einem practischen Recht muß es genügen, daß die Parteien beim Contract die eine Sache zum Hauptobject, die andere zur Accession gemacht haben.

Daß es sich aber in der That nur um eine Ausnahme und nicht um die Regel handelt, daß also die Stelle in keiner Weise, wie trotzdem nicht selten geschehen, zur Stütze der Erklärungstheorie verwandt werden kann, geht daraus hervor, daß die ganze Entscheidung eben darauf, daß der Stichus nur Accession ist, gegründet wird.

Auch würde die Erklärungstheorie wegen Zweideutigkeit der Erklärung im Stiche lassen.

5) Ich erinnere endlich daran, daß die Anstellung Jemandes in einem Handelslocal dem Publikum gegenüber als Bevollmächtigung zum Abschluß von Geschäften im Namen des Principals gilt, auch wenn der Wille, ihn zu bevollmächtigen, erweislich fehlte. Selbst ein Anschlag, welcher den Abschluß von Geschäften mit dieser Person untersagt, schließt die Haftung des Principals dann nicht aus, wenn er unleserlich geworden, oder durch irgend Jemand ohne Willen des Principals entfernt ist. L. 11. § 2. 4. D. de instit. act. (14. 3).

Diese keineswegs erschöpfenden Beispiele werden genügen, um die Verschiedenheit der durch das Bedürfniß gebotenen und zum Theil durch das römische Recht bestätigten Abweichungen von unserm Princip darzulegen. Alle fünf Beispiele sind von einander gerade in dem Punkte, auf den es hier ankommt, verschieden.

1) (Mentalreservation). Die Erklärung gilt trotz mangelnden Willens.

2) (Simulation). Das Geschäft ist trotz genügender Erklärung wegen des mangelnden Willens nichtig; Dritten gutgläubigen Erwerbern gegenüber ist aber die Berufung auf die Nichtigkeit ausgeschlossen.

3) (Irrthum über essentialia). Das Geschäft ist trotz genügender Erklärung nichtig, es entstehen aber unter Umständen Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses.

4) (Irrthum über Nebenpunkte). Das Geschäft ist trotz des Fehlens der Willenseinigung über die Nebenpunkte gültig und zwar selbst dann, wenn auch die Erklärung, weil zweideutig, an sich nicht als genügend erscheint.

5) (Anstellung in einem Handelslocal). Die Bevollmächtigung gilt ohne Willen und kraft einer gar nicht abgegebenen, sondern

nur aus Gründen der Verkehrssicherheit gesetzlich angenommenen Vollmachtserklärung.

Es kann auch nicht gelingen, das Princip so zu verändern, daß alle diese und ähnliche Ausnahmen mit dem veränderten Princip in Einklang ständen, was freilich nur an bisher aufgestellten Ansichten gezeigt werden kann.

Verallgemeinern wir die von Regelsberger aufgestellte Regel zu einem allgemeinen Princip, ähnlich wie das von Leonhard geschehen ist, halten wir also den „Sinn für entscheidend, in dem der Gegner die Erklärung verstehen mußte", so kommen wir bei consequenter Durchführung zu folgenden Resultaten:

a. Im Fall der Simulation kann dritten Erwerbern kein Schutz gewährt werden, weil ja der Vertragsgegner mit der wahren Absicht bekannt war. Wenn Leonhard S. 131—40 einen solchen Schutz für den dritten gutgläubigen Erwerber dennoch construirt, so ist dieser Schutz doch keine Consequenz der allgemeinen Theorie Leonhards, sondern eine Modification derselben genau in gleicher Weise wie eine Modification der Willenstheorie.

b. In den Irrthumsfällen wäre das Geschäft gültig, selbst dann, wenn das Versprechen oder Verschreiben unmittelbar nach abgeschlossenem Vertrag corrigirt würde. Regelsberger sieht sich denn auch genöthigt, für die Fälle des Irrthums eine Ausnahme zu machen. Leonhard nimmt eine solche nicht an. Es wird sich aber später zeigen, daß er sich mit den Quellen in Widerspruch befindet.

c. In den Fällen zweideutigen Ausdrucks läßt die Theorie einfach im Stich. Leonhard gestattet hier ein Rückgehen auf den inneren Willen, aber das ist keine Consequenz seines Princips.

d. Bei Irrthum über Nebenpunkte müßte der Vertrag nichtig sein, wenn der Sinn, in dem die eine und die andere Partei die Erklärung des Vertragsgegners auffaßte (bezw. bei gehöriger Vor-

sicht hätte auffassen müssen), in Bezug auf den Nebenpunkt verschieden war.

e. Richtet sich das Geschäft nicht an eine bestimmte Person, wie z. B. das Testament, so müßte bei consequenter Durchführung des Princips der Sinn entscheiden, den Jedermann in der Erklärung finden mußte, nicht aber der Wille des Testators, wie Leonhard und ebenso Regelsberger gleichwohl anerkennen.

f. Eine stillschweigende Willenserklärung wäre schon dann anzunehmen, wenn nur der Gegner in eine Handlung diesen Sinn hineinlegen mußte, mag auch dem Handelnden die Absicht völlig gefehlt haben u. s. w.

Dieselben Einwürfe würden sich mit geringen Veränderungen wiederholen, wollte man die von Bähr aufgestellte Regel zum allgemeinen Princip erheben, oder einer anderen Formulirung der Erklärungstheorie folgen. Ueber die von Hölder und Kohler aufgestellte Ansicht endlich ist in dieser Hinsicht schon oben (S. 95) gesprochen.

§. 11. δ) Quellenbeweis. Allgemeine Betonung der Nothwendigkeit des Willens.

Daß in den Quellen außerordentlich häufig für das Bestehen und den Inhalt der Rechtsgeschäfte die voluntas testatoris bezw. contrahentium oder der consensus als entscheidend bezeichnet wird, können natürlich auch die Gegner der Willenstheorie nicht leugnen.

Nur Einer derselben aber hat ernstlich versucht die Beweiskraft dieser Stellen zu entkräften. Leonhard [1]) sucht aus einer größeren

---

[1]) Der Irrthum bei nichtigen Verträgen, namentlich S. 11—56. Die Arbeit Leonhard's ist überhaupt die einzige umfassendere Durcharbeitung des Quellenmaterials von dem Standpunkte der Erklärungstheorie, so daß sich unsere Vertheidigung der Willenstheorie, so weit die Quellen in Frage kommen, naturgemäß vorzugsweise gegen diese Arbeit zu richten hat. Ueber und gegen Leon-



Anzahl von Aussprüchen juristischer und nichtjuristischer Schriftsteller nachzuweisen, daß consensus nicht die innere Uebereinstimmung der Contrahenten, sondern die Abgabe übereinstimmender Erklärungen bedeute. Hiernach sei es unglaublich, daß die Römer unter consentire neben der Erklärung auch den inneren Willen verständen, also zwei Dinge, welche erfahrungsmäßig oft von einander abweichen. Es ist indeß unschwer die letztere Behauptung aus Leonhard's eigenen Ausführungen zu widerlegen. Es ist gar nicht zu leugnen, und Leonhard selbst leugnet es nicht, daß das Wort voluntas den Willen bedeutet, gleichwohl führt er selber aus, daß voluntas „bisweilen" (S. 36 unten ff.) die Willenserklärung bezeichne; da aber Wille und Erklärung differiren können, so ist nach Leonhard's eigenem Geständniß hier dasjenige vorhanden, was er für „consentire" für unglaublich erklärt. Genau so liegt es mit dem Ausdruck sentire, dem Leonhard ebenfalls nur „bisweilen" die Bedeutung von meinen, im Sinne von sich äußern, beilegt.

In der That ist die Sache in allen diesen Fällen so einfach und natürlich, wie möglich. Die Grundbedeutung der Worte voluntas, sentire, consentire und consensus ist Wille; empfinden, fühlen, denken, meinen; innerlich übereinstimmen. Da aber Willen und Willensäußerung, Meinen und Meinungsäußerung, Consens und Consenserklärung regelmäßig sich decken, da ferner das Erstere (das Innere) jenes Letztere (die Aeußerung) hervorruft und uns nur in dieser Aeußerung erkennbar wird, so bezeichnen wir häufig mit dem einen Worte Beides, den Willen und die Erklärung desselben, den Gedanken und seinen Ausdruck, die innere und die äußere Uebereinstimmung. Aber freilich beschränkt sich

---

hard's Ansicht Regelsberger, Zeitschr. f. H. R. Bd. 29. S. 308 ff.; Lotmar, Krit. Vierteljahrsschr. 25. S. 368 ff., 26. S. 220 ff.; Mandry, Archiv. f. civ. Praxis Bd. 66. S. 480 ff.

dies auf die Fälle, in denen Beides in Harmonie sich befindet oder doch so gedacht wird. Erkennt man dagegen, daß in einem bestimmten Falle Gedanke und Ausdruck verschieden waren, so wird man den Ausdruck niemals durch voluntas, sentire, consentire u. s. w. bezeichnen.

Es ist hier nicht anders wie im Deutschen: „Er meinte" heißt sehr häufig auch „er sagte" aber nur in solchen Fällen, wo wir annehmen, daß Meinung und Aeußerung sich decken, wo es also ausführlicher heißen würde „er meinte und sagte." Glauben wir das Gegentheil, so sagen wir „Er hat es gesagt, aber nicht gemeint." Wir bezeichnen eine Urkunde nicht selten als unsern (letzten) „Willen," so lange wir glauben, daß sie ein adäquater Ausdruck unseres Willens sei. Sobald wir aber das Gegentheil bemerken, protestiren wir dagegen, daß dies unser Wille sei.

Daß diese Erörterung für das Wort voluntas zutrifft, wird kaum bestritten werden können. Auch Leonhard behauptet nur, daß voluntas „bisweilen" die Erklärung bedeute, und er hat nicht eine einzige Stelle beigebracht, in welcher das Wort nur die Erklärung und nicht den Willen bezeichnet.

Wenn es in § 4. J. quib. mod. (3. 29) heißt, daß die Consensualobligationen „contraria voluntate" aufgehoben werden, oder in L. 1. § 2. D. de rerum permut. (19. 4), daß der Kauf „nuda consentientium voluntate" contrahirt werde, oder in L. 4 § 1. D. de pec. (15, 1), daß der Herr dem Sclaven Naturalschulden „nuda voluntate" erlassen könne, so heißt das nicht etwa nur durch formlose Erklärungen, sondern durch einen „formlos erklärten Willen." Aus der „nuda voluntas" den „Willen" zu streichen, so daß nur eine formlose Erklärung übrig bleibt, das hieße den ausdrücklich betonten Theil des Gedankens beseitigen, so daß nur der stillschweigend mitgedachte Theil übrig bleibt. In diesen Stellen sind eben Wille und Erklärung als übereinstimmend gedacht; der Ausdruck

voluntas bedeutet also beides zusammen, mit andern Worten den erklärten Willen.

In den Fällen dagegen, wo Wille und Ausdruck differiren, tritt auch das Wort voluntas in schärfsten Gegensatz zur Erklärung.

L. 101. pr. D. de cond. et dem. (35. 1). (Papinianus) In conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat.

Daß hier von dem wahren inneren Willen im Gegensatz zur Erklärung die Rede ist, kann um so weniger zweifelhaft sein, als es sich um Testamente handelt, für deren Gebiet die Bedeutung des inneren Willens fast allgemein (auch von Leonhard) anerkannt wird. Von der L. 219. D. de verb. signif. (50. 16) kann aber nichts Anderes gelten:

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.

Schon der übereinstimmende Ausdruck dieser von demselben Juristen herrührenden Stelle weist darauf hin. Leonhard behauptet unter voluntas contrahentium sei hier lediglich der übereinstimmende Willen beider Contrahenten verstanden, allein, wenn das auch der Fall wäre[1]), so wäre doch immer unter voluntas contrahentium der Sinn zu verstehen, den die Parteien beabsichtigen, mag er auch nicht zu richtigem Ausdruck gekommen sein.

Doch der Kern des Streites bezieht sich auf die Bedeutung von consentire und consensus, da nur hier nach Leonhard die Beziehung auf den inneren Willen ausgeschlossen sein soll. Wir schreiten bei unsrer Führung des Gegenbeweises von dem einfachen Verbum zum Compositum vor.

Als Grundbedeutung von „sentire" bezeichnet Forcellini „sensu percipere"; er fügt hinzu: „Saepissime refertur ad ani-

[1]) Daß es nicht der Fall ist, wird sich aus späteren Erörterungen ergeben.

mum et ponitur pro intelligere, percipere, videre, scire; et pro judicare, existimare, opinari", stets innere Vorgänge, nur daß wie die letztgenannten Worte, so auch sentire unter Umständen den in die Sinnenwelt hervortretenden Ausdruck dieses inneren Vorganges mitbezeichnen kann.

Wenn Leonhard die L. 32. § 14. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1) als Beweis glaubt benutzen zu können, daß sentire auch nur den Ausdruck bezeichnen könne, so ist er sicherlich im Irrthum.

Ulpianus: utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, *licet de commorientibus oratio non senserit.*

Die letzten Worte sind unzweifelhaft zu übersetzen, „obgleich die oratio an die Commorienten nicht gedacht hat" und das heißt nichts anderes als „obgleich der Gesetzgeber (wie wir aus der Fassung des Gesetzes schließen), als er das Gesetz gab, an die Commorienten nicht gedacht hat."

Ganz das Gleiche gilt von dem Ausdrucke „sententia legis" und ebenso „voluntas legis", welche letztere nicht „neben der voluntas legislatoris" steht, sondern nichts anderes ist als die in dem Gesetzeswort niedergelegte voluntas legislatoris selber, wie denn auch „sententia judicis" im Grunde die ausgesprochene Meinung oder Rechtsansicht des Richters bedeutet, nicht aber nur den Spruch als solchen, die „Aeußerung". Immer und immer wiederholt es sich also, daß alle diese Ausdrücke sich in erster Linie auf den Willen oder Gedanken beziehen, daß sie daneben die Aeußerung zwar stillschweigend mitumfassen können, aber niemals die Aeußerung allein bedeuten.

Auch in der uns hier besonders interessirenden Verbindung mit cum bedeutet sentire innere Vorgänge, so z. B. wenn Cicero pro Roscio Am. § 142 sagt: „fateor insanisse, qui *cum* illis *senserim*", oder in Catilinam II. § 6: „nisi vero si quis est, qui Catilinae similis *cum* Catilina *sentire* non putat", oder de prov.

consul. § 25: „ego me a C. Caesare in re publica dissensisse fateor et *sensisse vobiscum*".

Daß aber auch das aus diesen beiden Worten gebildete consentire nicht nur äußere Erklärungen, sondern mindestens auch den inneren Vorgang bezeichnet, wird am einfachsten durch eine Reihe von Stellen bewiesen, in denen das consentire unmittelbar von dem Willen, dem Geiste, der Seele ausgesagt wird.

Cicero Philipp. I. 36. Parumve haec significant incredibiliter *consentientem* populi Romani universi *voluntatem?*

id. pro Murena. 1. ut vestrae *mentes* cum populi Romani voluntatibus *consentiant.*

Lucret. 3. 153. *consentire animam totam* per membra videmus.

Cic. de divinatione II. § 119. *animorumque consentientium* multitudine completum esse mundum.

Wenn Leonhard sich mit besonderem Nachdruck auf die Wendung „uno ore consentiunt" Cic. Amic. 86 beruft, so beweist dieselbe doch nichts weiter, als daß hier das Wort consentire die Zustimmungsäußerung mit umfaßt, nicht aber daß die Beziehung auf die innere Zustimmung ausgeschlossen sei, und dies wird auf's Evidenteste durch die gleichbedeutenden Wendungen *„una mente consentiunt"* id. Phil. IV. § 7 und namentlich *„una et mente et voce consentiunt"* id. Phil. I. § 29 erwiesen. Leonhard hält diese Wendungen mit seiner Ansicht vereinbar, weil man ja „vom Geiste getrieben, reden könne." Aber damit ist der Sinn des Ganzen verkannt; der Sinn ist, daß (um uns möglichst an die Grundbedeutung von con-sentire anzuschließen) Alle „einstimmig" oder „eines Geistes" oder „in einem Geiste und Ausdruck" „dasselbe meinen" d. h. denken und sagen. Eine Beziehung auf den Ausdruck allein ist geradezu ausgeschlossen.

Ebensowenig wie bei den nichtjuristischen Schriftstellern hat Leonhard bei den Juristen den Beweis erbracht, daß consensus nur die Erklärung, nicht aber die innere Willenseinigung bedeute,

vielmehr wird eine Betrachtung der Hauptbeweisstellen zeigen, daß es immer entweder die innere Willensmeinung und deren Erklärung (also die erklärte Einigung) oder die innere Willensmeinung allein bedeutet, daß dagegen keine einzige dieser Stellen eine Beziehung auf die Erklärung allein nothwendig macht.

In L. 7. § 19. D. de pactis (2. 14) „communi consensu declaraverint" braucht consensu nicht mit Leonhard als Ablativ des Mittels aufgefaßt zu werden, sondern es kann mindestens ebenso gut als ablativus modi „in gemeinsamer Willenseinigung" bedeuten [1]).

In L. 26. § 1. D. de pign. (20. 1) „consensum suum accomodare" und „consensum dare" bedeutet consensus die erklärte Einwilligung, nicht aber die Erklärung allein. Es wird hier eben, wie im Normalfall überhaupt, Erklärung und innerer Wille als zusammentreffend und sich deckend gedacht und mit einem Worte bezeichnet.

Bei den Consensualcontracten bedeutet nudus consensus die formfrei erklärte Willenseinigung, also die innere Einigung und deren formlose Erklärung. Offenbar spitz würde es sein, hier unter consensus deshalb nur die Erklärung zu verstehen, weil nur auf diese, nicht auf die innere Thatsache das Beiwort nudus paßt. Mit demselben Rechte könnte man etwa behaupten, daß die Worte Frömmigkeit, Tugend, Laster nur die Frömmigkeitsäußerungen, die einzelnen tugendhaften oder lasterhaften Handlungen, nicht aber den inneren Seelenzustand bezeichnen, da man ja von lauter oder stiller Frömmigkeit, von offenen oder heimlichen Lastern oder Tugenden rede.

Wenn die L. 48. D. de obl. et act. (44. 7) hervorhebt, daß ein Tauber Geschäfte, die nicht an mündliche Rede gebunden seien, abschließen könne, „quia potest intelligere et consentire," so ist mit intelligere unzweifelhaft das Verstehen der gegnerischen Willens-

---

1) So auch Lotmar a. a. O.

erklärung und mit consentire die eigene erklärte Zustimmung, also die innere Zustimmung und deren Erklärung gemeint. Das letztere Wort auch nur vorzugsweise von der Erklärung zu verstehen, fehlt jeder Grund, da ja das außer jedem Zweifel steht, daß der Taube zu einer Erklärung seines Willens im Stande ist, und nur das in Frage gezogen werden könnte, ob die Taubheit die bewußte Willenseinigung verhindert, was eben durch die Stelle verneint wird.

In L. 32. § 1. D. de legibus (1. 3) „rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur" (vergl. auch L. 35. D. eod.) ist unzweifelhaft der stillschweigend erklärte Gesammtwillen dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers gegenüber gestellt, also in „consensu" die Erklärung zwar mit- aber keineswegs allein gedacht.

Wenn es in L. 27. § 3. D. de rec. qu. arb. (4. 8) von mehreren Schiedsrichtern heißt: „sed si major pars consentiat, ea stabitur" so ist auch dieses „Uebereinstimmen" „ein erklärtes Uebereinurtheilen", und ebenso ist nicht abzusehen, weshalb in L. 7. pr. D. quib. mod. pignus (20. 6) „si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca; sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore auctore consenserit" nur die Erklärung und nicht der erklärte Consens selber gemeint sein soll.

In L. 12. § 3. D. de capt. (49. 15) endlich, wo es heißt, daß der captivus einer Ehe seines Sohnes nicht zustimmen könne, ist zweifellos nicht nur an eine Consenserklärung, welche ja möglich ist, gedacht, sondern an den rechtlich wirksamen Consens selber.

Unter denjenigen Stellen, in welchen gerade im Gegensatz zu Leonhard's Ansicht consensus allein oder vorzugsweise den inneren Consens bezeichnet, mag die L. 55. D. de obl. et act. (44. 7) vorangestellt werden.

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus utriusque consentit*, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

Hier wird es geradezu als Vertragserforderniß erklärt, daß der Wille oder die Absicht der Contrahenten übereinstimmt. In dieser Verbindung das consentire auf die Erklärung oder gar nur auf die Erklärung zu beziehen, ist unmöglich.

In L. 1. § 3. D. de pactis (2. 14) deuten die Worte „sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui *ex diversis animi motibus in unum* (sc. animi motum) *consentiunt*, id est in *unam sententiam* decurrunt" unzweifelhaft auf die innere Willenseinigung, die Uebereinstimmung der vorher divergirenden „animi motus."

Sehr bezeichnend ist auch die L. 10. C. de donat. (8. 53), in welcher in einem Falle einer zweifellosen schriftlichen Consenserklärung ohne den erforderlichen Willen nicht gesagt wird, die Partei habe consentirt, sondern in der Urkunde finde sich gleichsam ein Consens, das heißt der Anschein eines Consenses, der doch kein wirklicher ist, „unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus *velut consensisse* continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intelligis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse".

Sodann gehört die L. 8. § 2. D. de opt. leg. (33. 5) hierher: Unius hominis mihi et tibi optio data est; cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum; quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, *quia non videor consentire, qui sentire non possim*. Hier wird die Unmöglichkeit des consentire aus der Unmöglichkeit des sentire, des Denkens oder Urtheilens, gefolgert, also zunächst auch an die

innere Uebereinstimmung gedacht, und es ist offenbar gekünstelt, wenn Leonhard übersetzen will „Der Vernunftlose kann sich nicht mit Vernunft äußern, also auch nicht consentire."

In L. 11. pr. D. de contr. emt. (18. 1) wird der Consens wegen Blindheit des Käufers in Frage gestellt, die doch nicht die Möglichkeit einer Erklärung, sondern höchstens das Bewußtsein der Identität oder der Eigenschaften der Sache beeinträchtigen kann.

Endlich mag noch die bekannte Definition des Vertrages erwähnt werden: L. 3. D. de poll. (50. 12) Pactum est duorum consensus *atque* conventio u. s. w. Daß hier, wie Leonhard[1]) meint, durch atque bloß zwei Synonima verbunden seien, wird man in einer Definition ohne Noth nicht annehmen. Solche Noth ist aber hier keineswegs vorhanden. Im Gegentheil, die Stelle gewinnt entschieden, wenn wir, wie das übrigens auch gewöhnlich geschieht, consensus auf die innere Willenseinigung, conventio auf die Abrede beziehen, ein Sinn, den auch die wörtliche Uebersetzung erkennen läßt „die Willenseinigung (die innere) und das Uebereinkommen (die Abrede)."

Sind wir nach alledem zu der Behauptung berechtigt, daß die Worte voluntas, consensus den inneren Willen, die innere Uebereinstimmung (bezw. Billigung) bedeuten, die denselben entsprechenden Erklärungen nur mit bezeichnen können, so beweisen alle die ungezählten Stellen für uns, welche den Willen, die Absicht, den consensus u. s. w. als Erforderniß von einseitigen Rechtsgeschäften oder Verträgen aufstellen, und es wird völlig unzweifelhaft, daß die römischen Juristen im Princip nicht die Erklärung, oder den Sinn derselben, wie ihn der Gegner verstehen mußte, sondern den Willen für das Entscheidende gehalten haben. Von dem massenhaften Quellenmaterial sollen hier einige Stellen aufgeführt werden, zumal wir derselben noch zu einer späteren Betrachtung bedürfen.

---

[1]) a. a. O. S. 24.

1) Traditionen.

L. 9. § 3. D. de a. r. dom. (41. 1) Gaj. l. 2 rerum quotid. wörtlich übereinstimmend mit § 40. J. de R. D. (2. 1) Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*

§ 28. J. de R. Div. (2. 1) Quodsi frumentum Titii tuo frumento mixtum fuerit, si quidem *ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora .... ex consensu vestro communicata sunt.*

§ 30 eod. *voluntate ejus alienata.*

§ 44 eod. *nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam* (sog. brevi manu traditio).

§ 46 eod. et in incertam personam collata *voluntas domini transfert rei proprietatem.*

L. 16. D. de praescript. verb. act. (19. 5) mea facta est (sc. creta), quum *voluntate tua excemta* sit. Quasi traditio enim facta videtur, quum eximitur *domini voluntate.*

2) Obligatorische Verträge.

L. 52. § 4. D. de O. et A. (44. 7) Ex consensu *obligari* necessario *ex voluntate nostra videmur.*

L. 219. D. de verb. sign. (50. 16) In conventionibus contrahentium *voluntatem potius quam verba spectari placuit.*

§ 4. J. qu. mod. obl. toll. (3. 29) *obligationes, quae consensu contrahuntur* ...... contractibus, qui *ex consensu descendunt* .....

L. 1. § 4. D. de rer. permut. (19. 4) ... emtio ac venditio *nuda consentientium voluntate contrahitur.*

L. 12. § 1. D. de pact. dot. (23. 4) (In pactis dotalibus) *non semper voluntas contrahentium observatur,* sondern gewisse

pacta dotalia sind, weil dem Wesen der Ehe oder der dos widerstreitend, nichtig.

L. 12. § 1. D. de fundo dotali (23. 5) Soceri *voluntas in distrahendo dotali praedio nulla est.*

L. 6. C. pr. socio (4. 37) *voluntates* etenim legitime *contrahentium omnimodo conservandae sunt.*

L. 55. D. de O. et A. (44. 7) *nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.*

L. 3. § 1. D. de obl. et act. (44. 7) Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam *hoc animo dari et accipi,* ut obligatio constituatur.

L. 19. pr. D. de reb. cred. (12. 1) Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat, sed quotiens *id ipsum agitur, ut confestim obligaretur.*

L. 20. eod. donationem non esse, quia non *ea mente pecunia daretur*, ut omnimodo penes accipientem maneret.

3) Testamente.

pr. J. de mil. test. (2. 11) *valet testamentum ex voluntate ejus.*

L. 101. pr. D. de cond. (35. 1) in conditionibus testamentorum *voluntatem potius quam verba* considerari oportet.

§ 36. J. de leg. (2. 20) *voluntates* in ordinandis testamentis valde *observantur.*

L. 46. D. de pact. (2. 14) *servari* in hoc quoque defuncti *voluntatem.*

L. 3. § 3. D. de sepulcr. viol. (47. 12) „*contra voluntatem testatoris*". „*servari enim voluntatem ejus oportere*".

L. 50. § 1. D. de her. pet. (5. 3) „*voluntas* defuncti vel in hoc *servanda est*". „*obsequium supremae voluntatis*".

L. 12. § 4. D. de religiosis (11. 7) „*paruerit voluntati defuncti*".

pr. J. de codicillis (2. 25) *„quum divus Augustus voluntatem ejus* (sc. qui per fideicommissum ab eo petiit) *implesset"*.

L. 7. de annuis leg. (33. 1) *nec tamen semper voluntas* ejus aut jussum *conservari debet.*

L. 8. D. de conf. tut. (26. 3) *„an duraverit patris voluntas"*.

L. 1. § 1. D. ubi pupill. educ. (27. 2) et nonnunquam *a voluntate patris recedit* praetor.

L. 4. § 2. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6) *„voluntatis quaestio" „si voluntas parentis non refragetur"*.

L. 41. § 5. eodem *„voluntatis fit quaestio"*,

ebenso L. 13. § 1. D. de jure cod. (29. 7.),

L. 90. pr. D. de leg. I. (30.),

L. 25. § 1. L. 94. D. de leg. III. (32.),

L. 16. pr. L. 17. § 4. D. ad S. C. Treb. (36. 1.), Paull. III. 6. § 71. § 76 sqq.;

Ulp. XXV. 1. *Fideicommissum . . . . . . ex voluntate datur relinquentis.*

§ 1. J. de cod. (2. 25) *a voluntate,* quam codicillis expresserat *non recessisse.*

L. 18. § 2. D. fam. hered. (10. 2) ut *voluntas defuncti non intercidat.*

L. 1. § 8. D. si tab. test. (38. 6) Si *heres institutus non habeat voluntatem,* vel quia incisae sunt tabulae . . . . *voluitque* intestato decedere . . . .

L. 4. § 10. D. de doli exc. (44. 4) si quis quid ex testamento *contra voluntatem* petat . . . . . *heres qui non habet voluntatem* . . . .

L. 92. D. de cond. (35. 1) *neque enim debet circumveniri testantium voluntas.*

L. 1. C. de sacerd. eccles. (1. 2) Nihil enim est quod magis hominibus debeatur, *quam ut supremae voluntatis* . . . . . *liber sit stilus et licitum* . . . . . *arbitrium.*

L. 14. C. de donat. i. v. et ux. (5. 16) Ex verbis, quae in postremis judiciis inseruntur, licet ad fideicommissum vel legatum utilia sunt, non omnimodo legati vel fideicommissi persecutio datur, sed ita demum, si *relinquendi studio* hujusmodi verba fuerint adscripta. unde te *voluntatis*, non juris *quaestionem* in preces tuas contulisse palam est.

L. 50. § 6. D. de leg. III. (32) *disputari de voluntate potest.*

c. 1. C. Th. de testam. (4. 4) „*in voluntatibus testamenti*".

L. 88. § 17. de leg. II. (31) . . . *pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.*

4) Erbschaftsantritt oder Ausschlagung.

Paul. IV. 4. § 1. Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest et *alio quovis indicio voluntatis.*

Gaj. II. § 167. potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam *nuda voluntate . . . . . heres fieri.*

§ 169. sicut *voluntate nuda heres fit*, ita et *contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.*

L. 2. D. de off. proc. (1. 19) in adeundis vel repudiandis hereditatibus *voluntas exploranda est.*

5) Adoption.

L. 18. D. de adopt. (1. 7) „*voluntati ejus, qui adrogare pupillum volet.*"

6) Manumission.

L. 179. D. de reg. jur. (50. 17) *In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.*

Die in diesem gesammten Material, das sich leicht verdoppeln und verdreifachen ließe, gleichmäßig für Geschäfte unter Lebenden und letztwillige Verfügungen, für lucrative und onerose, für dingliche, obligatorische, familien- und erbrechtliche Geschäfte hervortre-

tende, stets auf den Willen recurrirende Redeweise läßt sich nur begreifen, wenn das gesammte Gebiet der Rechtsgeschäfte von einer im Grundgedanken gleichen Willenstheorie beherrscht wird, nicht aber, wenn wir für gewisse Kategorien oder für gewisse Fälle den Willen, für andre die Erklärung als entscheidend denken, und also dieselben Ausdrücke (voluntas, consentire, animus, mens u. s. w.) hier auf den Willen, dort auf die Erklärung beziehen müßten [1]).

§. 12. e) Quellenbeweis. Fortsetzung. Einzelne Regeln und Entscheidungen.

I. Für das Gebiet der letztwilligen Verfügungen wird das Willensprincip meist auch von den Gegnern anerkannt. Leonhard glaubt indeß dies mit seiner Grundansicht vereinigen zu können. „Beiden Geschäftsarten, den Testamenten und Verträgen, ist es gemeinsam, daß der gar nicht nachweisbare innere Wille sicherlich unberücksichtigt bleibt und daß es bei ihnen nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Erklärungen ankommt, d. h. auf den Willen des Erklärenden, welchen derjenige, für welchen die Erklärung bestimmt ist, aus ihr entnehmen mußte. Der practische Unterschied beider folgt lediglich daraus, daß die Testamenserklärung eine absolute, also eine an Alle gerichtete Erklärung ist, während die Vertragserklärung sich nur an eine bestimmte Person kehrt, die erstere ist daher nicht von einem bestimmten, sondern von jedem möglichen Standpunkte aus zu interpretiren. Ein jeder innere Wille des Testators, welcher also von Seiten irgend jemandes erkennbar oder nachweisbar ist, muß bei der Auslegung des Testamentes berücksichtigt werden, denn er gehört mit zu dem Sinne der Erklärung."

Ich kann diese Deduction nicht als folgerichtig anerkennen. Wenn es allgemeines Princip wäre, daß für die Willenserklärung der

---

[1]) Vergl. auch Mandry a. a. O. S. 484 ff.

Sinn entscheidet, in dem sie der Empfänger verstand oder verstehen mußte, so muß für eine an Alle gerichtete Erklärung der Sinn entscheiden, den Alle daraus entnehmen oder entnehmen müssen. Man würde nicht zur Auslegung auf nur Wenigen bekannte, ja vielleicht erst nach dem Tode des Testators aufgefundene, bis dahin Niemandem bekannte Beweismomente für den Willen des Testators concurriren können; denn zu der an Alle gerichteten Testamentserklärung gehört unzweifelhaft nur der Inhalt dieser Erklärung selbst, nicht aber andres Beweismaterial, das Allen weder bekannt werden sollte, noch bekannt geworden ist. Mit einem Worte: Von Leonhard's Grundprincip ausgehend, kommen wir nun und nimmer zu dem Willensprincip, wie es nicht nur in den oben citirten allgemeinen Aussprüchen, sondern auch in Einzelentscheidungen anerkannt ist.

Hierher gehört vor allen die L. 9. pr. D. de hered. inst. (28. 5) Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit *in corpore hominis errans,* veluti frater meus, patronus meus, placet *neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur,* neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. Als einzigen Grund der Nichtigkeit der geschriebenen Erbeseinsetzung giebt der Jurist den fehlenden Willen an. Wäre der Sinn der Erklärung entscheidend, so wäre der scriptus gültig eingesetzt.

Daß ferner bei der Interpretation testamentarischer Verfügungen nach dem Willen interpretirt wird, welcher aus irgend welchen im Testamentsact nicht enthaltenen Momenten (z. B. späteren, zunächst vielleicht Niemand bekannt gewordenen schriftlichen Declarationen) gefolgert werden kann, beweisen: L. 21. § 1. D. qui test. (28. 1) L. 50. § 3. D. de leg. I. (30) L. 18. § 3. D. de instr. leg. (33. 7), und wenn im scheinbaren Widerspruch die L. 25. § 1. D. de leg. III. (32) sagt: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio, so kann das nur so verstanden werden, daß ohne zwingenden Beweis ein Zweifeln, ob das Gesagte

auch gewollt sei, abgeschnitten werden soll [1]), wie das auch die L. 69. pr. D. eodem bestätigt: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.

Endlich sei an die L. 4. pr. D. de leg. I. „Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus" erinnert, da in derselben entgegen dem Sinne der Erklärung, wie ihn Jedermann verstehen mußte, der wahre Wille des Testators zur Anerkennung gebracht wird [2]).

II. Ganz besonders beweisend sind ferner zwei Stellen über die ambigua oratio. Leonhard selbst gestattet bei zweideutigem Ausdruck das Zurückgehen auf den Willen, allein vom Standpunkte seines Principes aus mit Unrecht. Wäre es wirklich allgemein an=

---

[1]) Die Argumentationen Hartmann's aus dieser Stelle werden in anderem Zusammenhange besprochen werden.

[2]) Wenn in dem Fortgang der Stelle der wahre Wille nicht ausgeführt wird (quod si quis, cum vellet vestem legare suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi etc.), so hat das nur darin seinen Grund, daß hier das Wort überhaupt nicht mehr als eine Erklärung des Willens aufgefaßt werden kann und der nicht erklärte Willen wirkungslos bleibt. Die L. 7. § 2. D. de supp. leg. (33. 10) handelt, wie Leonhard richtig bemerkt, von der besonderen Gewohnheit des Testators, Sachen gewisser Art, wie z. B. escarium argentum oder paenulae et togae als supellex zu bezeichnen. Im übrigen aber lege ich die Stelle ganz anders aus als Leonhard. Nach m. M. sagte Servius, daß man, wenn auch der Testator eine solche Absonderlichkeit zeigte, doch nicht annehmen dürfe, daß er in seinem Testamente diese Sonderbarkeit angewandt und unter suppellex jene nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht darunter fallenden Dinge verstanden wissen wollte, Tubero ist andrer Meinung; Celsus aber stimmt dem Servius bei, da er es nicht für wahrscheinlich hält, daß der Testator etwas gesagt, was er nicht gemeint habe: equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret u. s. w. Mit anderen Worten es handelt sich lediglich um die Auslegungsfrage, ob anzunehmen ist, daß der Testator im Testamente dem Sprachgebrauche des allgemeinen Lebens oder seinen eigenen Sonderbarkeiten gefolgt ist.

erkannter Grundsatz, daß der Sinn entscheidet, in dem der Gegner die Erklärung verstand, oder bei gehöriger Aufmerksamkeit verstehen mußte, so müßte auch der Sinn entscheiden, in dem der Adressat einer ambigua oratio dieselbe auffaßte oder auffassen mußte. Allein auch um den Preis dieses Zugeständnisses an unsere Ansicht ist es m. E. Leonhard nicht gelungen seine Meinung mit dem Inhalt der Stellen in Einklang zu setzen.

L. 3. D. de reb. dub. (34. 5) Paulus. In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus. Itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

L. 125. D. de verb. sign. (50. 16) (Proculus) nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his quae significatur sensit.

Beide Stellen unterscheiden offenbar ein Sagen oder Reden in einem Doppelsinne, ein Sagen mit dem Munde und ein Sagen, das der Absicht des Redenden entspricht, ich nenne es der Kürze wegen ein „in Wahrheit sagen.“ Die letztere Stelle bietet keine ersichtliche Schwierigkeit. „Wer zweideutig spricht, der sagt in Wahrheit nur diejenige der beiden möglichen Bedeutungen, die er meint.“ Mit andern Worten nur dasjenige Sprechen ist ein vom Recht anerkanntes, welches dem Willen entspricht. Ebensowenig Schwierigkeit aber sollte die L. 3. cit. machen: „Durch einen zweideutigen Ausspruch sagen wir in Wahrheit nicht das Beides (was darunter verstanden werden könnte) sondern nur das, was wir wollen.“ Mit anderen Worten zu einem rechtlich relevanten Sagen gehört, daß der Wille dem Worte entspreche. „Ist daher Wille und Wort verschieden, d. h. sagt jemand etwas anderes, als er will, so sagt er in Wahrheit nichts, nicht das, was die Worte bezeichnen, weil er das nicht will, nicht das, was er will, weil er das nicht ausspricht.“

Leonhard will aus dem „itaque“ folgern, daß auch der zweite Satz auf eine ambigua oratio gedeutet werden müsse. Er verkennt dabei, daß gerade bei unserer, so viel ich sehe, sonst allgemein gebilligten Auslegung die Folgerung eine scharfe und das itaque so recht an seiner Stelle ist. Eben weil bei einer ambigua oratio nur das Gewollte in Wahrheit als gesagt gilt, eben weil also zu einem rechtlich relevanten Sagen gehört, daß es dem Willen entspricht, eben deshalb liegt auch kein rechtlich relevantes Sagen vor, wenn etwas anderes gesagt als gewollt ist. Einem so klaren und mit den Worten völlig übereinstimmenden Gedankengang gegenüber ist es gewiß am wenigsten zulässig, den letzten Satz mit Leonhard äußerst künstlich von einem Falle zu verstehen, wo Jemand einen doppeldeutigen Ausdruck gebraucht, in der That aber an etwas davon ganz verschiedenes denkt, wie, um Leonhard's eigenes Beispiel zu nennen, „wenn jemand, der zwei Häuser besitzt, sein Haus verspricht, in Wahrheit aber seine Wiese“ meint [1]).

Mit Recht nimmt denn auch Hartmann [2]) an, daß der zweite Satz der L. 3. cit. vom klaren Wortlaut spricht und besagt, daß dieser nicht gelte, wenn etwas anderes gewollt ist; aber er glaubt diesen Ausspruch durch die schon oben in anderem Zusammenhange erwähnte L. 25. § 1. D. de leg. III. (32), ebenfalls von Paulus, entkräften zu können:

> Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

---

[1]) Das von L. gewählte Beispiel ist zugleich sehr geeignet die mangelnde innere Begründung seiner eigenen Ansicht zu illustriren. Jemand will seine Wiese versprechen, verspricht aber versehentlich sein Haus. Hat hier der Versprechende zwei Häuser, so ist nach L. wegen ambigua oratio das Zurückgehen auf den wahren Willen gestattet, und der Vertrag ist nichtig, hat er nur ein Haus, so ist der Vertrag nach L. gültig, da der Sinn des Versprechens, wie es der Gegner verstehen mußte, entscheidet.

[2]) a. a. O. S. 38 ff.

Er schließt aus derselben, daß die beiden in ihrer Allgemeinheit sich widersprechenden Aussprüche des **Paulus** besondere Gebiete ihrer Anwendbarkeit haben werden. Er behandelt also beide anscheinend als gleichwerthig oder gleichunwerthig, aber er bestimmt dann doch die Abgrenzung der Gebiete, auf welche sich die eine und die andere Stelle bezieht, in solcher Weise, daß die L. 25 § 1. zur Regel und die L. 3. zur Ausnahme wird: „Ist einmal als rechtserzeugende Thatsache anerkannt die erfolgte Abgabe einer nach ihrer äußeren Erscheinung verpflichtenden Erklärung, so wird dem überhaupt gar nicht ohne Weiteres die nackte andere Thatsache der in Wahrheit fehlenden inneren Absicht entgegengehalten werden können. Damit die Erhebung der voluntatis quaestio in rechtshindernder Weise zulässig sei, wird sie vielmehr aus der besonderen Lage der Umstände erst gerechtfertigt, mit der guten Treue in Einklang gestellt werden müssen." Mit andern Worten: die Herrschaft der Erklärung betrachtet **Hartmann** als die Regel, die keiner Rechtfertigung bedarf, der Rückgang auf den Willen gegenüber der Erklärung bedarf besonderer Rechtfertigung, ist also Ausnahme.

Dem ist meines Erachtens in keiner Weise beizustimmen und ich muß darauf etwas näher eingehen; denn hier liegt ein Wendepunkt, der meine Gesammtauffassung von derjenigen **Hartmann's** unterscheidet. Schon wenn wir nur jene beiden Paulinischen Aussprüche hätten, läge es, meine ich, viel näher, die L. 3. cit. als die Regel aufzufassen; denn sie entwickelt das Princip ausführlich, begründet es nach beiden Seiten: „Bei Differenz von Wort und Wille gilt weder das Gesagte noch das Gewollte, das Gesagte nicht, weil es nicht gewollt, das Gewollte nicht, weil es nicht gesagt ist" und setzt es mit der Regel über die Auffassung der ambigua oratio in logischen (itaque) und, wie oben gezeigt, durchaus richtigen Zusammenhang. Das Alles wäre geradezu undenkbar, wenn es sich

nur um eine Ausnahme oder um eine Regel von beschränkter Anwendbarkeit handelte [1]).

Ganz anders die L. 25. § 1. cit. Sie gibt eine nackte Regel ohne Begründung, ist offenbar aus dem Zusammenhang gerissen, wie sie denn auch mit dem äußerlich ihr verbundenen Ausspruche des pr. in keinem innerlichen Zusammenhange steht, und legt sonach die Vermuthung recht nahe, daß sie nur durch dieses Reißen aus dem Zusammenhange den Anschein eines allgemeinen, mit anderen Aussprüchen desselben Paulus im Widerspruch stehenden Princips erlangt haben wird. Dazu kommt, daß sie, weil im Titel de legatis stehend, als Theil der Compilation mindestens in erster Linie auf testamentarische Verfügungen bezogen werden müßte, während doch gerade bei diesen (auch nach Hartmann) der Rückgang auf den Willen des Testators auf alle Fälle zulässig ist, ja auch bei Paulus selbst hat sie, wie der freilich nur äußerliche Zusammenhang mit dem Principium wahrscheinlich macht, von letztwilligen Verfügungen oder doch auch von solchen und nicht von negotia inter vivos allein gesprochen.

Was aber die Hauptsache ist: Wir dürfen bei der Entscheidung der Frage, ob wir in L. 3. oder in L. 25. § 1. (oder in beiden, wie Hartmann später, aber nur dem Ausdruck, nicht der Sache nach, formulirt) das Princip zu suchen haben, diese Stellen nicht für sich allein betrachten, selbst im Sinne des Paulus nicht, von dem nichts darauf hindeutet, daß er einen besonderen Standpunkt in dieser Frage eingenommen habe.

Vergleichen wir nun aber die L. 101. pr. D. de cond. 35. 1 und L. 219. D. de verb. obl. (45. 1), beide von Papinian, welche die eine von letztwilligen Verfügungen, die andere von Verträgen, sagen, daß es mehr auf den Willen als auf das Wort ankomme, vorzüglich aber ganz präcis redende Stellen:

---

[1]) Wogegen es natürlich die Möglichkeit von Ausnahmen nicht ausschließt.

wie L. 9. pr. D. de hered. inst. 28. 5 von Ulpian, welche die Erbeseinsetzung des frater, während an den patronus gedacht ist, für nichtig erklärt „quia voluntate deficitur“;

ferner § 23. J. de inut. stip. 3. 19, welche die auf Stichus gerichtete Stipulation, weil der Promissor an Pamphilus dachte, von dem er annahm, er heiße Stichus, für nichtig erklärt „ac si ad interrogatum responsum non esset“;

sodann L. 10. C. de donat. 8. 53, wo eine Schenkungsurkunde, welche auf ein vom Schenker nicht gemeintes Grundstück lautet, für unverbindlich erklärt wird „majores veritate rei quam scriptura vires obtinente“;

endlich L. 2. C. de emanc. lib. 8. 48, wo es von Emancipationen und Schenkungen heißt, daß „non tam scriptura quam veritas considerari oportet“, (nur eine Nutzanwendung des Papinianischen für alle Verträge betonten Wortes: voluntatem potius quam verba considerari) [1])

so kann man in der That nicht mehr zweifelhaft sein, daß in L. 3, und nicht in L. 25. § 1 das Princip zu finden ist. Glaubt man also annehmen zu müssen, daß Paulus in L. 25. § 1 unsre Frage, ob die Erklärung ohne Willen bindende Kraft habe, besprechen wollte, so kann er sie nur für einen besonderen Fall in der angegebenen Weise entschieden haben.

Aber auch diese Annahme ist keineswegs geboten. Ich halte es vielmehr für sehr wahrscheinlich, daß Paulus (was der ehmalige Zusammenhang klar ergeben haben mag) in L. 25. § 1 nur eine Interpretationsregel geben wollte.

---

[1]) Die angeführten Stellen sind keineswegs die einzigen hierher gehörigen, sondern nur wegen ihrer schlagenden Form ausgewählt. Sie wie eine Reihe anderer werden, so weit sie nicht schon besprochen sind, später interpretirt werden.

„Wenn kein zweideutiger Ausdruck vorkommt, soll man nicht fragen, was der Testator gewollt habe."

Das ist weder „trivial" noch „ungeschickt gedacht," sondern eine sehr verständige Regel, welche alle die bei Testamenten so leicht auftauchenden Vermuthungen und Wahrscheinlichkeitsgründe, daß der Testator doch dies oder jenes nicht gemeint haben könne, abschneidet. Freilich ein sicherer Beweis des Gegentheils soll damit so wenig ausgeschlossen werden, wie ihn Marcellus in der im Wesentlichen denselben Gedanken entwickelnden L. 69. pr. desselben Titels abschneidet.

Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum *manifestum* est aliud sensisse testatorem.

Auch die Ausdrucksweise des Paulus kann ich nicht für ungeschickt halten, wenn man bedenkt, daß Paulus der Gedanke gewiß nicht gekommen ist, man könne in seinen Worten den Satz finden, daß bei Testamenten, wo der Wille am allerentschiedensten im Vordergrund steht, (wo selbst bedingte Verfügungen als unbedingt gelten, wenn sie so gemeint sind, wo größere Erbtheile oder Legatssummen hinterlassen gelten, wenn irrthümlich die kleineren genannt sind), das Wort ohne den Willen und gegen den Willen des Testators bindende Kraft habe. Will man dennoch die Ausdrucksweise ungeschickt, trivial und unerträglich finden, weshalb soll dann gerade Paulus und nicht die Compilatoren schuld sein, die die Worte aus dem Zusammenhange rissen? Meines Erachtens muthet gerade Hartmann dem Paulus eine unglaubliche Gedankenlosigkeit und Ungeschicklichkeit zu, nämlich zwei einander widersprechende Principien gehabt zu haben, davon nach Gelegenheit des Falles bald das eine bald das andere angewandt und doch jedes so vorgetragen zu haben, als ob es das einzige wäre.

III. Von nicht geringerer Bedeutung sind die Stellen, welche zweiseitige Rechtsgeschäfte wegen mangelnden consensus für nichtig erklären:

1) Als allgemeine Aussprüche gehören hierher:

L. 116. § 2. D. de reg. jur. (50. 17); vergl. L. 15. D. de jurisd. (2. 1). Non videntur, qui errant, consentire.

L. 55. D. de obl. et act. (44. 7). In omnibus rebus, quae dominium transferunt, *concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium;* nam sive ea venditio, sive donatio sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.*

L. 57. D. de obl. et act. (44. 7). In omnibus negotiis contrahendis ...., *si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit,* nihil valet quod acti sit, et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant *aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

Wenn Leonhard in die erstgenannte Stelle hineinträgt, daß Beide irren müßten, daß also, wenn nur „alteruter errat", consensus vorhanden sei, so ist das durch den Sprachgebrauch nicht gegeben und wird sofort durch die beiden anderen Stellen widerlegt. Die L. 57. cit. weiß Leonhard nur dadurch mit seiner Ansicht in Einklang zu setzen, daß er die gesperrten Worte folgendermaßen übersetzt: „wenn ein Irrthum mit der Wirkung vorfällt, daß eine Nichtübereinstimmung der Erklärungen besteht." Die Unzulässigkeit dieser Uebersetzung geht aus unseren früheren terminologischen Erörterungen über „sentire" ohne weiteres hervor und wird zudem durch die Schlußworte der Stelle „alio aliud existimante" dargethan [1].

---

[1]) In dem neuesten, dem Verf. erst während der Correctur dieses und der vorhergehenden Bogen zugegangenen Hefte des Arch. f. civ. Pr. S. 42 ff. (Bd. 72) gibt Leonhard zu, daß „sentire" in L. 57 cit. nur ein Meinen, nicht eine

2) Den allgemeinen Aussprüchen schließen sich an die Stellen über den dissensus in corpore.

§ 23. J. de inut. stip. (3. 19). Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde *nulla contrahitur obligatio*, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti *si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

Es ist mir völlig unerklärlich, wodurch sich Leonhard (S. 188) berechtigt hält, diese Stelle von einer ambigua oratio zu verstehen (bei welcher er ja ein Zurückgehen auf den Willen für zulässig hält

---

geäußerte Meinung bedeute, will aber dann dazu ein „secundum legem contractus" ergänzen, so daß also nur an ein aus den Vertragserklärungen verständliches Meinen gedacht sein soll. Dadurch wird indessen ohne jede innere oder äußere Berechtigung ein in keiner Weise ausgedrückter Sinn in die Stelle hineingetragen. Die Behauptung, daß die Stelle anderenfalls den Satz, daß jeder Irrthum wesentlich sei, also eine Sinnlosigkeit, enthalte, ist gleichfalls nicht anzuerkennen. Die Stelle spricht klipp und klar nur von einem solchen Irrthum, aus dem sich ein Dissensus ergibt, „ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit", „si dissentiant" „aliud alio existimante". Noch besonders hervorzuheben, daß sich dieser Dissensus auf den Vertragsinhalt beziehe, das wäre allerdings „pedantisch" und sicher überflüssig gewesen.

Ferner hat Leonhard, wie schon oben (S. 75) angedeutet, nun auch für alle Stipulationen, wie schon früher für Novation und fidejussio, weil dieselben einseitig belastend seien, die entscheidende Bedeutung des Willens anerkannt. Den Grund halte ich weder in der früheren engeren, noch in der jetzigen weiteren Begrenzung für richtig. Ich kann die Novation, welche durch Begründung einer Obligation eine andere aufhebt, die fidejussio, bei der gegen Sicherheit Credit gegeben wird, die gegenseitigen Stipulationen des Käufers und Verkäufers nicht als Analogon der Schenkung anerkennen, für welche letztere Leonhard die Zulässigkeit der Willensinterpretation daraus argumentirt, daß „der Wohlthäter alle Irrthümer, die für ihn wesentlich sind, auch dem Mitcontrahenten als wesentliche zumuthen darf."

Es ist höchst lehrreich, wie der Versuch die Erklärungstheorie mit den Quellen in Einklang zu bringen, die Anhänger der Erklärungstheorie von einer künstlichen Interpretation zur anderen drängt und zu immer neuen Ausnahmen zwingt, für welche eine befriedigende Erklärung nicht gegeben werden kann.

und also, da er hier auf zwei verschiedene Willen trifft, den Vertrag für nichtig erklären kann). Nichts deutet hier auf irgend welche Zweideutigkeit hin. Klar und deutlich hat der Promissor den Stichus versprochen; nur gedacht hat er dabei an einen anderen Sclaven (Pamphilus), von dem er irrthümlich glaubte, daß er Stichus heiße. Die völlig unzweideutige Erklärung ist lediglich wegen des mangelnden Willens nichtig, und die Stelle ist der directeste Gegenbeweis gegen Leonhard's Ansicht.

L. 83. § 1. D. de verb. obl. (45. 1). *Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit;* quod et in judiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit, nam stipulatio ex utriusque consensu valet, judicium autem etiam in invitum redditur; et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.

L. 137. § 1. D. verb. obl. (45. 1). Si hominem stipulatus sim, et *ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit:* nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur.

L. 9. pr. D. de contr. emt. (18. 1) Ulpianus. In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum *emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emtio nulla est.*

Die beiden ersteren Stellen beweisen zwar das von uns vertretene Willensprincip, sind aber speciell gegen Leonhard nicht zu verwerthen, da dieser ja bei zweideutigem Ausdruck ebenfalls den wahren Willen entscheiden läßt. Dagegen ergibt die L. 9. pr. cit. auch gegen Leonhard vollen Gegenbeweis. Zwar soll nach Leonhard (S. 429) die Stelle keineswegs sagen, daß eine innere Meinungsverschiedenheit mit dem Dissense identisch sei, und auch wenn

sie dem Mitcontrahenten unerkennbar bleibe, berücksichtigt werden müsse; allein dem ist m. E. direct zu widersprechen. Im ersten Satze wird der consensus für die Gültigkeit des Kaufes erfordert und der Kauf im Fall des dissensus für nichtig erklärt. Daß darunter nur die Uebereinstimmung bezw. Nichtübereinstimmung des Willens der beiden Contrahenten gemeint sein kann, geht aus unseren früheren Erörterungen genügend hervor. Außerdem aber wird es durch den letzten Satz über jeden Zweifel erhoben, indem als Beispiel eines die Gültigkeit des Kaufes hindernden („emtio nulla est") Dissenses ein Fall angeführt wird, in dem „ego me fundum emere *putarem* Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum *putasti*." Aus der Verschiedenheit des „putare" wird die Nichtigkeit des Contractes gefolgert. Ich sehe nicht, wie das mit Leonhard's Ansicht vereinbar sein soll, wenn man nicht etwa die Zahl der terminologischen Wagnisse vermehren und „putare" durch „erklären" übersetzen will [1]).

---

1) Auf die L. 34. pr. D. de acqu. vel am. poss. (41. 2) ist hier wegen der Unsicherheit des Textes nicht eingegangen. M. E. ist die von Mommsen u. A. vorgeschlagene Conjectur, ein non vor dem zweiten consenserimus einzuschieben, schlechthin geboten. Handschriftlich ist das „non" durch drei derjenigen Handschriften, denen Mommsen hier neben der Florentina selbständigen Werth beilegt, bestätigt, in zweien allerdings in Folge einer Correctur, deren Alter nicht klargestellt ist. Die Basiliken sind indifferent, sie widerlegen das non ebenso wenig, als sie es bestätigen. Vollkommen beweisend aber ist der Zusammenhang. Der Jurist sagt zu Anfang, der Besitz werde nicht erworben, es sei denn daß nur error in nomine vorliege, in corpore aber consentirt sei. Da nun in dem folgenden zweifelhaften Satze vorausgesetzt wird, daß der Besitz nicht erworben sei (denn wie könnte sonst die Frage, ob der Tradent nicht doch solo animo den Besitz verliere „an a te tamen recedat possessio", „quia animo . . . . deponere nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt" überhaupt aufgeworfen werden?), so muß dieser zweite Satz nothwendig von einem Falle, wo kein bloßer error in nomine vorlag, also es nach dem ersten Satze am consensus in corpore mangelte, reden. Dann aber ist die Stelle, die Leonhard für das gewichtigste Argument gegen die herrschende Ansicht erklärt,



3) Einen für uns vollkommen beweisenden Fall des dissensus in persona enthält die bekannte Stelle über die sog. condictio Iuventiana.

L. 32. D. reb. cred. (12. 1). Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti.

Hier liegt durchaus keine Zweideutigkeit vor. Im Gegentheil mußte „ich“ sowohl wie mein Schuldner hier glauben, daß „Du“ mein Schuldner sein wollest, und „Deine“ aus den Umständen zu entnehmende Erklärung ist auch hierauf gerichtet. Gleichwohl ist der Contract nichtig, weil Du, was mir und meinem Schuldner unbewußt war, nicht mein, sondern des Titius Schuldner werden wolltest. Wäre für Deine in dem Empfang des Darlehens (hier in dem Abschluß der Stipulation mit meinem Schuldner, der eine Summe verspricht und Dich dadurch in die gleiche Lage setzt, als habest Du die Summe von mir empfangen und ihm wieder vorgeliehen) liegende Erklärung der Sinn entscheidend, den der Gegner (ich) in dieselbe legen mußte, so würde das Darlehen gültig sein. Die Stelle aber sagt „nullum negotium mecum contraxisti,“ eben weil es an dem ersten Erforderniß des Rechtsgeschäftes, dem Willen, fehlt.

4) Einen dissensus in negotio enthält die

L. 5. C. plus valere quod agitur (4. 22). (Dioclet. et Maxim.). Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, veluti locationis, quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente suasit, neutrum con-

---

beweiskräftig gerade für die herrschende Ansicht. Vergl. die ausführliche Besprechung der Stelle von Lotmar. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 26. S. 256—60.

tractum *in utroque alterius consensu deficiente* constitisse procul dubio est.

Die Stelle ist nicht sicher beweisend, weil es nicht unwahrscheinlich ist, daß der Gegner es war, der betrüglich das falsche Instrument gefertigt oder vorgelegt oder wenigstens mit dem Mandatar des Unterzeichnenden in betrügerischem Einverständnisse sich befunden hat. Immerhin wird aber bei der Begründung lediglich darauf Gewicht gelegt, daß bei jedem der beiden Verträge (dem Mieth- und dem Kaufvertrage) der consensus mangelte.

Um die hier besprochenen Fälle noch einmal zusammenzustellen, so finden wir also die Nichtigkeit des Vertrages wegen dissensus über Essentialien dreimal allgemein ausgesprochen; sodann die entsprechenden Consequenzen anerkannt viermal für Fälle des dissensus in corpore, einmal für den dissensus in persona und einmal für den dissensus in negotio, und in allen diesen Stellen findet sich keine Spur, daß wir es mit einer Regel von beschränkter Wirksamkeit zu thun haben, vielmehr tritt in allen, in einigen aufs allerprägnanteste, der allgemeine Charakter der Regel hervor; in keiner derselben wird auch auf die begleitenden Umstände ein besonderes Gewicht gelegt, in vielen sind dieselben überhaupt gar nicht berührt. Es scheint mir daher völlig ausgeschlossen, diese Stellen mit dem von Hartmann aufgestellten Princip zu vereinen, d. h. sie sämmtlich nur für anwendbar zu erklären, wenn die besonderen Umstände die Stellung der quaestio voluntatis zulassen.

Was Hartmann dem entgegenzusetzen hat, sind im Grunde zwei Stellen, deren eine, L. 34. pr. D. de contr. emt. (18. 1), wir als eine sehr berechtigte Ausnahme enthaltend schon oben S. 104 kennen gelernt haben.

Die andere ist L. 110. § 1. D. de V. O. 45. 1.

Pomponius. Si stipulatus fuero de te: 'vestem tuam, quaecunque muliebris est, dare spondes'? magis ad mentem stipulantis, quam ad mentem prommittentis id referri

debet, ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor, itaque si solitus fuerat promissor muliebri quadam veste uti, nihilo minus debetur.

Versteht man die Stelle von einem dissensus in corpore, faßt man also die Absicht des Promittenten dahin, daß er nur die von Frauen getragenen Kleider versprechen, die Absicht des Stipulators dahin, daß er alle Frauenkleider des Promittenten stipuliren wollte, so ist zuzugeben, daß die Stelle der herrschenden Ansicht widerspricht. Man könnte sie dann nur durch einen groben Irrthum des Promittenten erklären, der wissen muß, daß vestis muliebris den Charakter des Kleides als eines Frauenkleides bezeichnet, also auch die von Männern getragenen Frauenkleider mitumfaßt. Allein Pomponius deutet diesen Entscheidungsgrund nicht an, und die Zurechnung dieses Irrthums als eines groben ist, wenn man auch berücksichtigt, daß die lateinische Sprache den Doppelausdruck vestes muliebres und vestes mulierum hat und gerade mit dem erstern das Frauenkleid (der Art des Kleides nach) bezeichnet, doch keineswegs zweiffellos, und dazu kommt dann noch die hier nicht zu verfolgende bekannte Streitfrage, ob auf diesem Gebiete die lata culpa dem dolus gleichgestellt wird.

Aber alle diese Bedenken sind hier überflüssig; denn in Wahrheit redet Pomponius gar nicht von einem dissensus in corpore, einem Irrthum über die Identität, sondern es handelt sich höchstens um einen Irrthum des Promittenten im Motiv.

Das Versprechen ist in seinem Wortlaut, seinem Sinne und nach der Absicht beider Parteien nicht auf bestimmte Kleider, sondern auf alle diejenigen Kleider des Promittenten gerichtet, auf welche der Begriff Frauenkleider vestes muliebres anwendbar ist. Daß nicht ein anderer Umstand, sondern lediglich die Subsumtion unter diesen Begriff entscheiden sollte, hat in der Fassung der Stipulation prägnanten Ausdruck gefunden „quaecunque muliebris est.“ Hat aber der Promissor Alles, was von seinen Klei-

dern Frauenkleid ist, verkaufen wollen, so hat er genau dasselbe Object im Sinne gehabt wie der Stipulator. Zur Fassung dieses Entschlusses mag er allerdings durch den Irrthum veranlaßt sein, daß gewisse Kleider nicht unter jenen Begriff fielen; das ist aber nur Irrthum im Motiv, genau wie nur Irrthum im Motiv vorliegt, wenn ich bei dem Versprechen alles dessen, „was in diesem Beutel ist, so viel es auch sein mag," annehme, es seien höchstens 100, während es in Wahrheit 200 sind, oder wenn ich bei der Vertragserklärung „Wer Du auch sein magst, ich verkaufe Dir das Pferd für 1000" den Gegner irriger Weise für eine mir bekannte Person, den X., halte [1]).

IV. Zum Schluß füge ich noch einige Stellen bei, in denen die Erklärung als nichtig behandelt wird, weil wir aus einem dem Gegner nicht erkennbaren Irrthum ersehen, daß der betreffende Willen überhaupt mangelte.

---

[1]) Bekanntlich hat Zitelmann (Irrthum S. 435 ff., namentlich 439, 442 ff.; vergl. Windscheid, Pand. § 76. a. 6. Aufl.) jeden Irrthum über die Identität in einen Irrthum im Motiv aufzulösen gesucht, während ich beide unterscheide, in dem Beispiele des Textes aber einen Irrthum im Motiv finde. Eine nähere Auseinandersetzung mit Zitelmann kann hier nicht gegeben werden, sondern muß in gesonderter Darstellung erfolgen. Hier nur kurze Andeutungen: Man unterscheide a) die Individualisirungsmerkmale beim Entschluß, welche nicht vorwiegend nach „Raum und Zeit", sondern in erster Linie nach dem Interesse der wählenden Person ausgesucht werden, und welche ferner in den Fällen, wo eine Gesammtvorstellung des fraglichen Objectes (Person oder Sache) vorhanden ist, meist durch diese ersetzt werden, und b) die Individualisirungsmerkmale für den Ausdruck, welche nach der Bequemlichkeit und dem Verständniß des Gegners ausgesucht zu werden pflegen. Erfolgt der Irrthum bei b), so daß also der Ausdruck den Entschluß nicht deckt, so haben wir wahren Irrthum über die Identität, und das Geschäft ist nichtig. Ist dagegen schon für den Entschluß selbst ein bestimmtes irrig angenommenes Individualisirungsmerkmal entscheidend gewesen, so liegt Irrthum im Motiv vor. Daß in L. 110. § 1. „vestis muliebris" Individualisirungsmerkmal für den Entschluß war, geht aus dem quaecunque mit Sicherheit hervor.

1) Hierher gehören zunächst zwei Stellen über die prorogatio fori.

L. 1 u. 2. pr. D. de jud. (5. 1). Ulp. Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant: inter consentientes cujusvis judicis, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio. *Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant.* ceterum si putent ejus jurisdictionem esse, non erit ejus jurisdictio: error enim litigatorum, ut Julianus quoque scribit, non habet consensum, aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio aeque error non dedit jurisdictionem.

L. 15. D. de jurisd. (2. 1) Ulp. *Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit,* quod actum est. *nec enim ferendus est, qui dicat consensisse eos in praesidem*[1]) *cum, ut Julianus scribit, non consentiant, qui errent:* quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit.

Den Schwerpunkt beider Entscheidungen findet Leonhard darin, daß hier beide Parteien sich in dem gleichen Irrthum befinden, also der Sinn der Erklärung, wie sie der Gegner verstehen mußte und verstand, nicht auf den betreffenden Prätor gerichtet war.

In der letzteren Stelle kann man in der That den Fall so denken, daß beide sich über einen Prätor (Gajus) verständigt haben und nun irrthümlich einen andern (Maevius) angehen, in der Meinung es sei Gajus. Der Jurist sagt das freilich nicht; er drückt sich vielmehr so aus, daß sein Ausspruch auch auf den Fall paßt, wo nur der Kläger irrthümlich den Maevius angeht in der Mei=

[1]) Die Conjectur des Cujacius „in praesentem" ist nicht nothwendig, da man unter praeses auch den präsidirenden Prätor verstehen kann. So schon Merillius Cuj. opp. Moden. Ausg. III. 890; ferner Dirksen, manuale lat.

nung, es sei Gajus (si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus). Indeß ist die Stelle immerhin so gefaßt, daß man sich die beschränkende Erklärung Leonhard's gefallen lassen kann, weil es möglich ist, daß Ulpian nur an den Fall eines Doppelirrthums gedacht hat.

Anders steht die Sache aber schon mit der erst citirten Stelle. Der Satz „consensisse autem videntur, qui sciant, se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant“ erfordert für das Dasein eines genügenden Consenses geradezu das Wissen beider Contrahenten und den übereinstimmenden Willen sich der Jurisdiction desselben zu unterwerfen. Es heißt der Stelle Gewalt anthun, wenn man sie so interpretirt, daß der Consens durch das Nichtwissen des einen Contrahenten also durch einfachen Irrthum nicht ausgeschlossen werde.

2) Nicht weniger beweisend ist L. 10. C. de donat. (8. 53).

Nec *ignorans nec invitus quisque* donat. unde si de hoc fundo *non cogitasti*, cujus *velut* consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura vires obtinente intellegis, de quo non *cogitasti* nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse.

Hier ist nicht der geringste Grund, anzunehmen, daß ein dem Gegner erkennbarer Irrthum vorliege. Gleichwohl wird die Schenkung des in der Urkunde als geschenkt bezeichneten Landgutes einfach aus dem Grunde geleugnet, weil der Schenker an das Landgut bei der Schenkung nicht gedacht hat.

3) Endlich mag noch auf die L. 2. C. de emanc. lib. (8. 48) hingewiesen werden.

In emancipationibus liberorum nec non donationibus, non tam scriptura quam veritas considerari solet.

Gegen Leonhard freilich läßt sich, wie die vorhergehende, so auch diese Stelle nicht gebrauchen, weil derselbe bei einseitig belastenden Verträgen (also namentlich bei Schenkungen) und bei Familien-

rechtsverträgen ein Rückgehen auf die innere Absicht gestattet. Ja Leonhard glaubt sogar die L. 2. cit. für sich verwerthen zu können, indem er aus ihrer Fassung schließt, daß es sich hier nur um eine Ausnahme handeln könne, da andernfalls das Rescript als lächerlich erscheinen würde. Aber dieser Schluß ist keineswegs gerechtfertigt. Auf eine Anfrage, welche sich auf die Gültigkeit oder die Auslegung eines Emancipations- und Schenkungsactes bezog, in welchem Wille und Ausdruck in irgend welcher Weise differirten, antworten die Kaiser, daß bei Emancipation und Schenkung der Wille, die wahre Absicht, entscheide. Nicht um eine Ausnahme handelt es sich, sondern um einen Anwendungsfall der an anderer Stelle allgemein für Verträge wie für Testamente aufgestellten Regeln:

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit L. 219. D. de verb. sign. (50. 16). cfr. L. 101. pr. de cond. (35. 1).

II. Der Eintritt der gewollten Rechtsfolge.

§ 13. 1) Nothwendigkeit desselben zum Begriff des Rechtsgeschäfts.

Zum Begriff des Rechtsgeschäftes gehört, daß die gewollte Rechtsfolge auch wirklich eintrete, andernfalls ist das Geschäft nichtig, nullum negotium, kein Rechtsgeschäft. Das unterscheidende Merkmal des Rechtsgeschäftes von allen anderen juristischen Thatsachen liegt darin, daß bei ihm die Wirkungen nach Inhalt und Maß durch den Willen der Parteien bestimmt werden [1]. Es ist also durchaus correct das Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären, wenn keine gewollte Wirkung des Geschäftes eintritt. Mag das Gesetz gleichwohl an die Willensäußerung nicht gewollte Wirkungen knüpfen, das Eintreten derselben kann, eben weil ihnen das Bestimmt-

[1] Näheres hierüber unten „der Wille als Ursache“.

sein durch den Willen fehlt, sie sich also von den Folgen andrer Thatsachen (Delicte) nicht unterscheiden, keinen Grund abgeben, die Willensäußerung als Rechtsgeschäft zu betrachten.

Bestritten ist dies von Köppen [1]), welcher zum Geschäftsbegriff nur das Wollen einer Rechtsfolge und das Eintreten einer Rechtsfolge, der gewollten oder einer andern erfordert. Er beruft sich dafür darauf, daß Modestin und die Justinianischen Institutionen beim wissentlichen Verkaufe einer res extra commercium eine Contractsklage auf das negative Interesse gewähren [2]). Ich kann ihm aber weder aus allgemeinen Gründen folgen, noch den Specialbeweis für genügend halten.

Es ist schon hervorgehoben, daß nur unsere engere Begrenzung mit dem Grundgedanken in Einklang steht, der uns überhaupt veranlaßt das Rechtsgeschäft von anderen juristischen Handlungen zu sondern, aber auch die Brauchbarkeit unserer Systematik erfordert das Festhalten an der herrschenden Meinung.

Der wichtige Umstand, daß die sämmtlichen gewollten Wirkungen des Geschäftes ipso jure nicht eintreten, bedarf einer kurzen technischen Bezeichnung, und diese würde fehlen, wenn man dem Ausdruck Nichtigkeit eine andre Deutung gebe. Ob der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises und der Verkäufer zur Leistung der Waare obligirt werde, das ist die erste und wichtigste Frage; erst wenn sie verneinend entschieden ist, kann es secundär noch in Betracht kommen, ob der Verkäufer zum Ersatz des sog. negativen Interesses, sofern ein solches vorhanden, verpflichtet sei. Deshalb ist es systematisch richtig, nur die erstere als die Frage nach der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Contractes zu bezeichnen.

Auch die Quellen billigen den von uns vertheidigten und nicht den von Köppen aufgestellten Begriff der Gültigkeit und Nichtig-

1) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Jhering's Jahrbücher f. Dogmatik. Bd. 11. S. 152. Anm. 27.

2) L. 62. § 1. D. de contr. emt. (18. 1.) § 5. J. de emt. et vend. (3. 23.)



keit. Die Stellen, in welchen bonae fidei Contracte über unmögliche Leistungen erwähnt werden, erklären den Contract ganz allgemein für nichtig.

L. 15. pr. D. de contr. emt. (18. 1) „nulla emtio est."
L. 34. § 1. D. eod. „emtio nulla."
L. 57. pr. eod. „nihil venisse."
L. 57. §. 1. eod. „nullam venditionem stare."
L. 1. D. de hered vend. (18. 4) „nihil esse acti."
L. 7. eod. „esse debet hereditas, ut sit emtio."

Der etwa zu erhebende Einwand, daß diese Stellen nicht an den Fall, daß der Verkäufer dolo gewesen und demnach zur Prästation des negativen Interesses verpflichtet sei [1]), gedacht hätten, käme im Grunde darauf hinaus, daß alle diese Aussprüche falsch, weil zu allgemein, wären. Und der L. 57. § 1. cit. gegenüber ist selbst dieser Einwand unmöglich, da sie ausdrücklich den Fall des dolus des Verkäufers und der bona fides des Käufers, also einen Fall, wo die Verpflichtung zur Prästation des negativen Interesses zweifellos eintritt, voraussetzt, und doch den Contract als nichtig bezeichnet.

Sin autem *venditor quidem sciebat*, domum esse exustam, emtor autem ignorabat, *nullam venditionem* stare.

Wir werden also anerkennen müssen, daß die Römer den Vertrag für nichtig erklärt, aber gleichwohl eine Contractsklage aus demselben gegeben haben. Und es ist, wie schon von anderer Seite bemerkt wurde [2]), keineswegs nöthig dafür auf eine Erklärung zu verzichten.

---

[1]) Wenn man mit Jhering, Windscheid, Thöl u. A. die Prästation des negativen Interesses nicht auf die Fälle des dolus beschränkt, so wird der Einwand um so hinfälliger.

[2]) Namentlich vergl. Mommsen a. a. O. S. 6 u. 11; ferner Eisele, Jahrb. f. Dogm. 25. S. 460 ff.; a. M. Leonhard, Zeitschr. f. H. R. 26. S. 303.

Nachdem die römischen Juristen anerkannt, daß die bona fides in den hier in Frage stehenden Fällen eine Klage auf das negative Interesse fordere, hieng die Frage, ob dieser Anspruch mit der Contractsklage geltend gemacht werden könne, oder ob es dazu einer besonderen Klage (actio in factum) bedürfe, lediglich von der Bedeutung ab, welche man den Worten der demonstratio, z. B. „Quod Aulus Agerius .... emit" beilegte. Man konnte dieselben, und das erscheint vielleicht als das nächstliegende, auf einen gültigen Kaufcontract beschränken, dann kann auf das negative Interesse bei Nichtigkeit des Kaufes mit der *actio emti* nicht geklagt werden, und in der That hat Ulpian, offenbar von dieser Auffassung ausgehend, nur eine „actio in factum quasi ex emto" gewährt. L. 8. § 1. D. de religiosis (11. 7).

Schlechthin nothwendig aber war diese engere Auffassung der nur orientirenden Demonstratio nicht. Man kann auch die Worte „quod .... emit, q. d. r. a." sehr wohl als eine Hinweisung auf den factischen Geschäftsabschluß, die Kaufs- und Verkaufsverabredung auffassen. Die intentio mit ihrem „quicquid dare facere oportet" schloß ja auch dann die Verurtheilung auf Grund eines nichtigen Contractes regelmäßig aus. Nur der Unterschied, und man darf sagen Vortheil, entstand, daß nun die Verurtheilung auf das negative Interesse bei Nichtigkeit des Contractes, wo sie billig erschien, ohne neue Klage in Folge der actio emti erfolgen konnte. Diese Erwägung hat Modestinus, dem die Institutionen folgen, geleitet, die actio emti für zulässig zu erklären L. 62. § 1. D. de contr. emt. (18. 1). § 5. J. de emt. (3. 23).

Der Nachweis, daß die Römer nur dann von einem Rechtsgeschäft sprachen, wenn die gewollte Rechtswirkung auch wirklich eintrat, bezog sich nur auf Geschäfte unter Lebenden. Beim Testament schien ihnen mit Recht eine andre Terminologie angemessen. Die Wirkungen des Testamentes sind stets nicht nur vom Geschäfts-

abschluß temporär getrennt [1]), sondern zugleich ungewiß, weil von einer Mehrzahl zukünftiger Ereignisse (Leben der Erben, Erbschaftsantritt, Erhaltung der testamenti factio des Testators u. s. w.) abhängig. Dennoch tritt hier an jeden Testator die wichtige Frage heran, ob, von allen jenen zukünftigen Erfordernissen abgesehen, alle übrigen Voraussetzungen der Wirksamkeit des Testamentes, wie Form, testamenti factio, Inhalt u. s. w. vorliegen. Man bedurfte für die Bejahung oder Verneinung dieser Frage kurzer technischer Ausdrücke und wählte Gültigkeit und Nichtigkeit „testamentum jure perfectum" und „testamentum nullum" als naheliegend und wegen der stetigen, also auch beim gültigen Testament stets eintretenden Abhängigkeit von zukünftigen Ereignissen nicht misverständlich.

Natürlich mußten nun die später hervortretenden Hindernisse der Wirksamkeit durch andre Kunstausdrücke bezeichnet werden testamentum ruptum, irritum factum, desertum oder destitutum. Sachlich war hierdurch im Allgemeinen nichts geändert; auch in den letzteren Fällen wird uns gesagt, daß das Testament nullas vires habe [2]) und daß der Erblasser intestatus verstorben sei [3]). Ja es wird geradezu betont, daß man testamenta rupta, irrita u. s. w. (so gut wie testamenta falsa, injusta und imperfecta) nur abusiv Testamente nenne.

---

1) Die entgegengesetzte Ansicht Köppen's wird später besprochen werden.

2) Gaj. II. § 144. i. f. nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore et posterius aeque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.

3) Coll. XVI. 3. 1. Intestati et hi dicuntur . . . ., quorum hereditas repudiata est.

Gaj. II. § 144. si quis . . . . noluerit heres esse aut vivo testatore aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret, decesserit . . . . . paterfamilias intestatus moritur.

§ 7. J. de hered. quae ab int. (3. 1) . . . . aliquem sine testamento decessisse: quod accidit et destituto testamento.

L. 64. D. de verb. sign. (50. 16.) § 7. J. de leg. agn. succ. (3. 2.)

L. 2. § 1. D. testamenta quemadmodum (29. 3). Testamentum autem proprie illud dicitur, quod jure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

Diese Stelle giebt uns auch einen Fingerzeig für die in neuerer Zeit mehrfach erörterte Frage[1]), ob die Definition des Rechtsgeschäftes so zu fassen sei, daß sie die nichtigen Geschäfte mit umfaßt. Dieselbe ist zu verneinen, ohne daß wir darum den bequemen Ausdruck „nichtige Rechtsgeschäfte“ zu vermeiden brauchten. Das nichtige Rechtsgeschäft ist juristisch betrachtet kein Rechtsgeschäft, sondern nur der äußere Schein desselben. Dieser äußere Schein aber ist viel zu unbestimmt und wechselnd, um in eine Definition mit aufgenommen werden zu können. Wir sprechen von einem nichtigen Geschäft, wenn die Handlungsfähigkeit, wenn der Wille, wenn eine verständliche Erklärung mangelt, z. B. von einem nichtigen Testament, wenn es gar keine oder eine ganz unverständliche, oder eine dem Willen in keiner Weise entsprechende Erbeseinsetzung enthält, oder von einem Wahnsinnigen errichtet ist. Soll die Definition wirklich alle diese Fälle mit umfassen, so muß sie höchst unbestimmt ausfallen. Endlich aber wozu soll eine solche Abgrenzung dienen? Dem Auge des Rechts sind nichtige und nicht vorhandene Geschäfte gleich. Weshalb juristisch irrelevante Grenzen ziehen?

§. 14. 2) Möglichkeit anderer Folgen. Willenswirkung und Gesetzeswirkung[2]).

I. Das Rechtsgeschäft ruft, wie wir gesehen haben, gewollte Rechtsfolgen hervor, welche wir die Willenswirkung nennen wollen.

---

[1]) Vergl. Windscheid, Pand. § 69. Anm. 1. d. und die dort gegebenen Litteraturnachweisungen; ferner Dernburg, Pand. § 91.

[2]) Zu dem Folgenden ist namentlich zu vergleichen Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, Ihering's Jahrbücher. XVI. S. 91

Außer dieser Willenswirkung können aber im Gefolge des Geschäftes noch eine Reihe nicht gewollter Wirkungen eintreten, welche wir, da sie in ihrem Wesen von den anderen gesetzlichen Folgen irgend welcher anderer Ereignisse nicht verschieden sind, unter den allgemeinen Namen der Gesetzeswirkung [1]) subsumiren wollen. Im Gefolge eines Rechtsgeschäftes kann eine Gesetzeswirkung in doppelter Weise vorkommen.

1) Das Recht knüpft an die Willenswirkung weitere gesetzliche Folgen, Folgen nicht des Rechtsgeschäftes, sondern der Wirkung des Rechtsgeschäftes, Folgen nicht des Willens, sondern gesetzliche Folgen der durch den Willen hervorgerufenen rechtsgeschäftlichen Folgen. Bei der Eheschließung ist die Willenswirkung die Entstehung des ehelichen Verhältnisses, kurz die Ehe, Folge der Ehe aber die herabgesetzte Handlungsfähigkeit der Ehefrau (nach manchen Rechten), die Entstehung der Gütergemeinschaft, die Folgepflicht der Ehefrau u. s. w.

Die Eigenthumstradition hat die Willenswirkung des Eigenthumsüberganges. Dieser aber bewirkt dann wieder Uebergang der Prädialservituten, der Reallasten, der Grundsteuerpflicht, der Landstandschaft u. s. w.

Die Nießbrauchsbestellung ruft als Willenswirkung den Nießbrauch hervor; dieser wieder die Verpflichtungen und Lasten des Nießbrauchers, die so wenig eine Folge des Vertrages sind, daß sie bei einem durch Ersitzung entstandenen Nießbrauch in gleicher Weise vorhanden sind, obgleich gewiß Niemand von einer Ersitzung dieser obligatorischen Verpflichtungen reden wird.

---

ff., namentlich S. 106—108; Zitelmann, die juristische Willenserklärung S. 357 ff.; Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht. S. 362 ff.

[1]) Vollständig kann die gewählte Terminologie erst später (§ 15. Der Wille als Ursache) gerechtfertigt werden.

Die Zahlung bewirkt die Willenswirkung der Tilgung der Obligation, diese wieder die Befreiung von Bürgen und Pfändern.

Der obligatorische Vertrag ruft als Willenswirkung die Entstehung der gewollten Obligation hervor. An das Bestehen der Obligation aber knüpft das Gesetz die Haftung für dolus und culpa, gesetzliche Zinsverbindlichkeiten, bei hinzutretender Eviction die Pflicht der Evictionsleistung u. s. w.

Eine sehr große Anzahl von Rechtsgeschäften bewirkt eine gewollte Bereicherung der einen Partei. Erscheint diese Bereicherung als eine grundlose, so erzeugt sie wieder das Rückforderungsrecht (condictio indebiti u. s. w.).

Das Testament bewirkt die Willenswirkung der Universalsuccession (der Testator will und bewirkt, daß der Erbe in vermögensrechtlicher Beziehung seine Stelle einnimmt). Daraus aber folgen dann alle Einzelwirkungen, entwickelt sich durch Hinzutreten anderer Umstände die Accrescenz u. s. w.

2) Die Willensäußerung hat, abgesehen von der gewollten Wirkung, noch eine nicht gewollte, welche also lediglich kraft gesetzlicher Bestimmung an die Willensäußerung geknüpft ist. Die hierher gehörigen Fälle unterscheiden sich wesentlich von den unter 1) erwähnten, da es sich dort um weitere Folgen der durch den rechtsgeschäftlichen Willen hervorgerufenen Rechtsverhältnisse handelte, während wir es hier mit einer Wirkung zu thun haben, welche die Willensäußerung direct (sei es allein, sei es beim Vorhandensein weiterer Voraussetzungen) hervorruft. Unter sich sind übrigens die Gesetzeswirkungen dieser zweiten Art wieder in sofern verschieden, als sie theils an die Willensäußerung (unter Hinzutritt weiterer Voraussetzungen) nur für den Fall geknüpft sind, daß auch die gewollte Wirkung des Geschäftes eintritt, theils gerade umgekehrt nur für den Fall, daß die gewollte Wirkung nicht eintritt, theils schlechthin, mag die gewollte Wirkung eintreten oder nicht. Ich beschränke

mich auf wenige Beispiele, vorzüglich solche, welche für den weiteren Verfolg unserer Abhandlung von Interesse sind.

Der Vertragschluß erzeugt, wenn bei ihm der einen Partei ein dolus zur Last fällt, die nicht gewollte Klage auf Wiederauflösung des Vertrages. Aehnlich beim metus. Der Verkauf einer mit heimlichen, erheblichen Mängeln behafteten Sache, erzeugt die ädilicischen Klagen; der Verkauf einer bereits untergegangenen Sache oder überhaupt das Versprechen einer unmöglichen Leistung erzeugt im Falle des dolus[1]) des Versprechenden eine Klage auf das sog. negative Interesse; die Errichtung eines Testamentes hebt das ältere Testament auf. Besonders aber zeigen sich in der Bedingungslehre solche nichtgewollte gesetzliche Nebenfolgen des Rechtsgeschäftes. So erzeugt das bedingte Geschäft namentlich das Cautionsrecht, das sich bei bedingten Legaten in der Gestalt der cautio legatorum servandorum, bei bedingter Erbeseinsetzung durch bonorum possessio secundum tabulas realisirt, bei bedingten negotia inter vivos aber darauf beschränkt ist, daß ex justa causa Caution verlangt werden kann[2]). Die Entstehung der nur bedingt gewollten Rechtswirkung beim Ausfall dieser Bedingung, wenn derselbe durch dolus der an dem Ausfall interessirten Partei veranlaßt ist (Fiction der Erfüllung), ist auch nichts anderes als eine nicht gewollte gesetzliche Folge des Geschäftes.

Als für den Verlauf unserer Abhandlung nicht von Bedeutung ist nur vorübergehend daran zu erinnern, daß die unter 1 und 2 erwähnten gesetzlichen mittelbaren (1) oder Nebenfolgen (2) eines Geschäftes zum Theil durch eine ausdrückliche Willenserklärung ausgeschlossen werden können, zum Theil nicht. Um so wichtiger da-

---

1) Auch in anderen Fällen, worauf indes hier nicht weiter einzugehen ist.

2) Ueber diesen dreifachen Unterschied und seine Begründung kann erst in der Bedingungslehre gesprochen werden.



gegen ist es, den Werth der Unterscheidung der Willenswirkung und Gesetzeswirkung scharf hervorzuheben, da hierdurch nicht nur die Einsicht in das Wesen des Rechtsgeschäftes gefördert, sondern auch eine ganze Reihe von namentlich der Bedingungslehre verhängnißvoll gewordenen Fehlschlüssen abgeschnitten wird. Dieser Werth besteht in einem dreifachen.

a. Das unterscheidende Merkmal des Rechtsgeschäftes von allen andern juristischen Thatsachen ist, wie schon oben erwähnt und wie später ausführlicher begründet werden soll, daß bei ihm die Wirkungen nach Inhalt und Maß durch den Willen der Parteien bestimmt werden. Dies trifft aber nur für die Willenswirkung, nicht für die Gesetzeswirkung zu [1]).

b. Die Frage nach der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Geschäfts ist die Frage nach dem Eintreten oder Nichteintreten der Willenswirkung. Hat das Geschäft keine gewollte Wirkung, so ist es nichtig, was gleichfalls schon oben erörtert ist.

c. Das römische Recht stellt die (im älteren Recht für negotia inter vivos ausnahmslose) Regel auf, daß das Rechtsgeschäft nur wirken kann in dem Moment, in dem es abgeschlossen ist, daß eine temporäre Trennung des Geschäftes und seiner Wirkung, eine Trennung der Ursache und der Folge, undenkbar ist. Aber dieses sog. Gesetz der Simultanität gilt nur für die Willenswirkung, für welche eben der Wille als Ursache erscheint, nicht für die Gesetzeswirkung.

II. Daß der bisher entwickelte Unterschied nicht erkannt oder wenigstens nicht genügend gewürdigt wurde, ist nicht nur der Anlaß gewesen zu einer Reihe von später zu besprechenden Irrthümern in der Bedingungslehre, sondern hat auch zu Anfechtungen des herrschenden Rechtsgeschäftsbegriffes geführt. Aus dieser Quelle stammt die oben besprochene v. Köppen behauptete Modification

---

1) Das letzte der oben angeführten Beispiele bildet in dieser Beziehung eine Ausnahme in Folge der vom römischen Recht angenommenen Fiction.

des Geschäftsbegriffs. Namentlich aber stützt Kohler[1]) seine Ansicht, nach der nicht die Rechtsfolge, sondern der „Rechtsact“ den Inhalt des Geschäftswillens bildet, auf das Vorkommen solcher nicht gewollter Folgen. „Wer heirathet und die gesetzlichen Güterfolgen nicht kennt, wer verkauft und nicht weiß, daß er für Eviction und heimliche Mängel einstehen muß, wer einen Wechsel unterschreibt und von den Eigenthümlichkeiten der Wechselproceduren nichts versteht, wer die Erbschaft antritt, ohne zu wissen, daß er ultra vires haftet, wer den Ususfruct übernimmt, ohne die Ususfructslasten zu kennen, der bewegt sich in einem Irrthum, der die gesetzlichen Folgen seiner Handlung nicht ausschließt“ .... „Das was gesprochen und geschrieben ist, wirkt in seinen Rechtsfolgen oft über die Absicht des Constituenten hinaus“ [2]).

Die hier von Kohler gemachte Beobachtung ist unzweifelhaft richtig. Aber ihre Beweiskraft gegen die herrschende Auffassung des Geschäftswillens wird durch die Unterscheidung der gewollten Rechtsfolgen des Geschäftes (Willenswirkung) und der nur durch das Gesetz an das Geschäft geknüpften mittelbaren und unmittelbaren Folgen (Gesetzeswirkung) hinfällig.

III. Bevor wir den Unterschied der Willenswirkung und der Gesetzeswirkung verlassen, ist noch auf gewisse Rechtsfolgen einzugehen, von denen es zweifelhaft sein könnte, ob Sie der einen oder der anderen Kategorie angehören.

1. Die stillschweigend gewollten Folgen. Ein für uns besonders wichtiges Beispiel bildet die stillschweigende Festsetzung sofortiger Fälligkeit.

In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur sagt Pomponius in L. 14. D. de R. J.

---

[1]) Studien über Mentalreservation und Simulation. Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 16. S. 91—158, ferner S. 325—356.

[2]) a. a. O. namentlich S. 108.

(50. 17); aber es wäre sehr oberflächlich, des Gläubigers Recht, sofortige Erfüllung zu verlangen, lediglich auf diese Rechtsregel zu stützen. Es ist der vermuthliche Wille der Parteien, welcher in jener Interpretationsregel zur Anwendung kommt. Jene Regel selbst ist aus der Beobachtung, daß, wo pure versprochen wird, eben der Wille auf sofortige Fälligkeit gerichtet zu sein pflegt, entstanden. Die sofortige Fälligkeit ist gewollte Folge, Folge der in Bezug auf die Zeit stillschweigenden Willenserklärung.

Daß wir es mit einer Willenswirkung zu thun haben, kann in diesem wie in vielen anderen Beispielen auch auf noch andre Weise gezeigt werden.

Wenn die Parteien ein in seinen Wirkungen vom Rechte bestimmtes Geschäft ohne besondere Verabredungen abschließen, so zeigen sie, daß sie das Geschäft eben mit seinen regelmäßigen Folgen wollen. Wer im Gebiete des preußischen Landrechtes miethet, will eben eine Miethe der Natur schließen, wie sie dort üblich ist, er hat also, mag er über die dingliche Wirkung auch vielleicht im Unklaren sein, mit dinglicher Wirkung gemiethet, während der einfache Miethcontract in den Gebieten des gemeinen Rechtes nur obligatorisch wirkt. Schloßmann[1]) meint freilich in diesem Zurückgehen auf das Gesetz einen Cirkelschluß zu entdecken: „Das Recht bestimmt so, weil die Partei es gewollt; die Partei aber macht beim Abschluß des Geschäftes den Gesetzeswillen zu dem ihrigen". „Was will das Gesetz? Was die Partei will. Was will die Partei? Was das Gesetz wollte". Allein dieser scheinbare Cirkel entsteht nur daraus, daß Schloßmann die Gesammtheit der vor der gesetzlichen Regelung contrahirenden Parteien, mit der nach dem Gesetzerlaß contrahirenden einzelnen Partei verwechselt. Der Gesetzgeber bestimmte die sofortige Fälligkeit der ohne Festsetzung

[1]) In Grünhut's Zeitschrift. Bd. 7. S. 561 ff.

eines dies contrahirten Schulden, weil er erkannte (oder zu erkennen glaubte), daß die Absicht der Parteien bei solchen Contracten regelmäßig auf sofort fällige Schulden gerichtet war. Ich kenne nun jenes Gesetz und im Vertrauen auf dasselbe contrahire ich pure, wo ich mir ein Recht auf sofortige Einforderung ausmachen will.

2. Wo dem Eintreten der gewollten Rechtswirkung ein Hinderniß entgegensteht, führt nicht selten das Recht dieselbe gleichwohl in der schwächeren oder unvollkommeneren Weise aus, welche nach der Sachlage als möglich erscheint. So giebt die Tradition von Seiten des Nichteigenthümers das publicianische Recht, die als solche nichtige Erbeseinsetzung gilt (in manchen Fällen auch ohne Codicillarklausel) als Universalfideicommiß, die acceptilatio als pactum de non petendo u. s. w. Es bedarf keines Beweises, daß wir es hier nicht mit einer Gesetzeswirkung, sondern mit einer vom Recht unvollkommen realisirten Willenswirkung zu thun haben.

III. Der Willen als Ursache der Rechtswirkung — sanctionirter Privatwillen.

§. 15.

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß der Rechtsgeschäftsbegriff erstens das erklärte (geäußerte) Wollen der Rechtsfolge und zweitens den Eintritt der gewollten Rechtsfolge erfordert. Die Feststellung des Verhältnisses dieser beiden Begriffsmerkmale zu einander ist die weitere Aufgabe.

Zunächst ist es unbestreitbar, daß jede Rechtswirkung auf das Recht im objectiven Sinn oder — wie wir der Kürze wegen statt dessen im Folgenden sagen wollen — auf das Gesetz zurückführt. Jede Rechtswirkung ist eine Wirkung des Gesetzes; auch die gewollte Rechtswirkung tritt nur deshalb ein, weil, und nur insofern ein, als das Gesetz an den Willen die Rechtswirkung knüpft. Wollten

wir indessen bei dieser ebenso sicheren als einfachen Erkenntniß stehen bleiben, ohne dem Verhältnisse von Willen und Rechtswirkung nachzuforschen, so bliebe der Begriff des Rechtsgeschäftes gleichwohl unklar; denn keineswegs ist immer, wo wir zugleich das Wollen einer Rechtsfolge und die Herbeiführung dieser Rechtsfolge durch das Gesetz beobachten, ein Rechtsgeschäft vorhanden. Man betrachte die folgenden 3 Beispiele:

1. Ich tödte den A., um die Beerbung desselben durch seinen nächsten Verwandten herbeizuführen — diese Erbfolge tritt ein.

2. Ein Obdachloser stiehlt, um sich strafbar zu machen und ins Gefängniß zu kommen — Er wird strafbar.

3. Ich verspreche hundert zu zahlen — ich werde verpflichtet.

In allen drei Fällen wird durch den Willen ein Thatbestand herbeigeführt, an welchen das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft, in allen drei Fällen ist auch die Rechtsfolge gewollt, gleichwohl ist zweifellos nur in dem dritten Beispiel ein Rechtsgeschäft vorhanden. In den beiden ersten tritt die Rechtswirkung ein ganz unabhängig davon, ob sie gewollt ist oder nicht. Der Getödtete wird beerbt, auch wenn er in andrer Absicht getödtet wurde, der Dieb bestraft, auch wenn er in andrer Absicht gestohlen hat. In dem dritten Beispiele dagegen ist der Wille, diese Rechtsfolge hervorzurufen, eine nothwendige Voraussetzung der Rechtswirkung — eine Bedingung im logischen Sinne —. Es genügt zum Rechtsgeschäftsbegriff nicht ein zufälliges Zusammentreffen des auf eine Rechtswirkung gerichteten Willens, und der entsprechenden Rechtswirkung, sondern es muß zwischen beiden das Verhältniß von Grund und Folge bestehen, so daß also das Gesetz die betreffende Rechtswirkung nur dann, wenn sie gewollt ist, herbeiführt [1]).

---

[1]) Man kann diese Gedankenreihe weiter verfolgen. Führt das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge dann und nur dann herbei, wenn dieselbe gewollt ist, so erkennen wir daraus, daß der Wille Motivation ist, daß das Gesetz die Rechts-



Wir haben bei dieser Betrachtung vorläufig das Gesetz als die Ursache, die **causa efficiens**, betrachtet, welche die Rechtswirkung schafft, den Willen als die Bedingung, bei deren Vorhandensein das Gesetz diese schöpferische Thätigkeit ausübt. Rein logisch sind wir aber dazu nicht berechtigt. Rein logisch ist unter den verschiedenen Bedingungen, welche sämmtlich vorliegen müssen, wenn die Wirkung eintreten soll, kein Unterschied; rein logisch ist Ursache die Gesammtheit aller dieser Bedingungen, nicht eine einzelne derselben. Da nun eine rechtsgeschäftliche Wirkung nur stattfindet, wenn erstens der (gehörig geäußerte) Wille die Rechtswirkung hervorzurufen vorhanden ist und zweitens ein Gesetz besteht, welches an diesen Willen die Rechtsfolge knüpft, so sind wir logisch nur berechtigt, dieses Beides zusammen, das Gesetz und den Willen, als Ursache der Rechtswirkung zu bezeichnen. Thun wir mehr und sagen wir: „Das Gesetz schafft die Wirkung, wenn der Wille da ist," oder sagen wir umgekehrt: „Der Wille schafft die Rechtswirkung, wenn ihn das Gesetz dazu ermächtigt," so betrachten wir im ersten Falle das Gesetz, im zweiten Falle den Willen als Ursache, und die eine wie die andere Betrachtungsweise tragen wir hinein, keine derselben ist logisch geboten.

Es ist eine Frage nicht der Logik, sondern der Geschichte, ob ein bestimmtes Recht bei seinen Rechtsgeschäften vorwiegend das Gesetz oder den Willen als Ursache betrachtet; unzweifelhaft ist es mir, daß das römische Recht sich auf den letzteren Standpunkt gestellt hat.

1) Schon allgemeine Gründe legen diese Betrachtungsweise nahe. Wenn von den verschiedenen Bedingungen einer Folge einige dauernder Natur sind, während eine derselben erst später entsteht,

---

wirkung herbeiführt, *weil* sie gewollt ist. Von einem Rechtsgeschäft also reden wir nur da, wo der Wille einer Rechtswirkung für das Gesetz die Motivation für die Herbeiführung der gewollten Rechtswirkung bildet.

so daß ihr Hinzutreten den Erfolg sofort ins Leben ruft, so liegt es sehr nahe, diese zuletzt eingetretene Bedingung als Ursache aufzufassen. Wenn ich nach der Ursache der Explosion einer Pulvermühle frage, so will ich nicht hören, daß Pulver bei Entzündung gasförmig werde, daß das Pulvergas sich rapide ausdehne und die entgegenstehenden Gegenstände zertrümmere, sondern ich frage, wie der Funken zu dem Pulver gelangt sei. Die zuletzt hinzugetretene Bedingung ist mir die Ursache. Wenn ich nach der Ursache des Todes eines Menschen frage, so will ich nicht hören, daß Strychnin die Eigenschaft habe, auf die und die Organe lähmend zu wirken und dadurch den Tod herbeizuführen, sondern ich will hören, daß er Strychnin genommen. Nicht die dauernden, immer oder längst vorhandenen, sondern die letzte Bedingung, das Nehmen des Strychnins erscheint mir als die Ursache.

Wenden wir diese Betrachtungsweise auf die rechtsgeschäftliche Wirkung an, so erscheint als deren Ursache nicht das dauernde Gesetz, sondern die zuletzt eintretende Voraussetzung, der Parteiwillen. Ich kann mich nun freilich nicht der Meinung anschließen, daß es immer richtig sei, die zuletzt eintretende Bedingung einer Wirkung als Ursache zu bezeichnen. Schon die oben gebrauchten Beispiele sind geeignet, uns das Gegentheil zu zeigen. Wenn der Physiklehrer seine Schüler nach der Ursache der Explosion der Pulvermühle fragt, so will er eine Erklärung der Explosivkraft des Pulvers als Antwort, und ebenso fragt der Docent der Medicin seine Schüler nach den Wirkungen des Strychnins, wenn er bei einer Strychninvergiftung über die Todesursache examinirt.

Kurz, der Begriff der Ursache verschiebt sich nach dem Standpunkt des Fragenden. Wenn uns eine Anzahl der Bedingungen einer Wirkung bekannt sind, wenn wir sie stillschweigend voraussetzen, oder wenn sie uns weniger beschäftigen, eine einzige aber unser Interesse vorwiegend in Anspruch nimmt, so betrachten wir diese

letztere als die Ursache, die causa efficiens, welche freilich nur beim Vorhandensein jener anderen Bedingungen wirken kann.

Nur in diesem Sinne und mit der daraus sich ergebenden Beschränkung ist es m. E. richtig, wenn Wundt[1]) diejenige Bedingung als Ursache bezeichnet, welche Art und Maß der Wirkung bestimmt. Bei seinen vorwiegend auf naturwissenschaftlichem Boden erwachsenen Anschauungen muß ihn eben diejenige Bedingung vorwiegend interessiren, welche Art und Maß der Wirkung am meisten bestimmt. Für den Physiker erscheint daher die Masse des Pulvers und seine Explosivkraft als die Ursache der Explosion, während der Laie vielleicht den hineinfallenden Funken und der Criminalist die Verschuldung der betreffenden Person als Ursache betrachtet.

Aber welcher dieser Auffassungen wir auch folgen, bezüglich der rechtsgeschäftlichen Wirkungen führen sie sämmtlich zu demselben Resultat. Denn wenn wir diese betrachten, steht unzweifelhaft der Wille der Parteien im Vordergrund des Interesses und wieder der Parteiwille ist es, nach dem sich Art und Maß der Wirkung des Geschäftes in erster Linie bestimmen.

Dazu kommt aber noch ein Weiteres: Zwar wird, damit die Wirkung entstehe, nicht nur der Wille, sondern auch das Gesetz und vielleicht noch manche andere Voraussetzung erfordert, aber diese Factoren sind in dem Denken, welches dem Willen vorausgeht, schon berücksichtigt. Der Handelnde hat, indem er ihre Wirkung berechnete und benutzte, sie in seinen Dienst genommen[2]). Sein sich dieser Mittel bedienendes Wollen kann also in weit eminenterem Sinne als schöpferische Ursache betrachtet werden, als irgend eine andere dieser Voraussetzungen. So sagen wir also mit erhöhtem Recht, daß der Wille die Rechtswirkungen hervorruft, Eigenthum überträgt, Verpflichtungen erzeugt, oder, da dieses Wollen

---

[1]) Logik I. S. 534.

[2]) Vergl. Sigwart, Kleine Schriften. Bd. II. S. 189 ff.

wieder von der Partei ausgeht, daß die Partei alle diese Wirkungen schafft. „Ich tradire", „Ich verpflichte mich", „Ich setze zum Erben ein". Das Gesetz dagegen tritt in unserer Anschauung in den Hintergrund und wirkt nur in sofern mit, als es unseren Willen mit der Kraft ausstattet (innerhalb gewisser Grenzen) Rechtswirkungen hervorzurufen.

2) Daß diese Anschauung wirklich das römische Recht beherrsche, geht aus allen den im § 11 citirten Stellen über voluntas, consensus u. s. w. hervor. Indem ich auf denselben verweise, beschränke ich mich hier darauf, einige der dort sich findenden Wendungen in verkürzter Form zusammenzustellen:

voluntate alienata; voluntas domini sufficit ad rem transferendam; voluntas domini transfert rei proprietatem; obligari ex voluntate nostra; emtio venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; valet testamentum ex voluntate; fideicommissum ex voluntate datur relinquentis; pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas; nuda voluntate heres fieri; voluntate heres fit u. s. w.; ferner obligationes consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur § 4. J. quib. mod. (3. 29).

In allen diesen und vielen anderen Aussprüchen macht sich die Vorstellung geltend, daß der menschliche Wille Ursache der Rechtswirkung sei, daß er es sei, der die Rechtswirkung schafft; daß das Gesetz ihn mit dieser Kraft ausstatte, ihn sanctionire. Auch dieser letztere Punkt ist mehrfach besonders hervorgehoben, wie es denn z. B. in L. 16. § 1. C. de test. 6. 23. heißt: voluntas defuncti . . . . legibus subnixa oder in L. 9. § 3. D. de a. rer. dom. (41. 1) und § 40. J. de R. D. (2. 1) voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi oder in L. 88. § 17. D. de leg. II. pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas [1]).

---

1) Schloßmann, der die bindende Kraft des Willens bei Verträgen bekämpft, führt für seine Ansicht namentlich die L. 108. § 1. D. de verb. obl.

3) Auch eine historische Betrachtung führt zu dieser Anschauungsweise. Von vielen Geschäften können wir mit Bestimmtheit sagen, daß sie älter sind als ihre Anerkennung im Recht. Unzweifelhaft ist in Rom gekauft und verkauft, geliehen und deponirt, lange bevor diese formlosen Akte eine klagbare Obligation erzeugten, und es ist zu vermuthen, daß fast alle Geschäfte einen ähnlichen Entwicklungsgang durchgemacht haben. So mußte schon ganz von selbst der Wille der Parteien als das Principale erscheinen, das der später hinzugetretene Rechtsschutz nur sanctionirte und mit bindender Kraft ausstattete.

4) Endlich muß hier auf eine höchst wichtige Folge dieser Betrachtungsweise hingewiesen werden, in der dieselbe zugleich ihre Bestätigung findet.

(45. 1) an: Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. Offenbar hat er indeß die Stelle mißverstanden. Sie will sagen, daß ein Versprechen, welches nur mit dem Willen des Promittenten Erfolg habe (vgl. L. 201. D. de verb. S. (50. 17) „statum eventus capere"), mit anderen Worten, dessen Erfüllung in des Promittenten Willkür stehe, nicht binde, weil eben die bindende Absicht fehlt. Vergl. auch die Basiliken: *Οὐκ ἐῤῥωται ὁμολογία τῆς βουλήσεως ἠρτημένη τοῦ ἐπερωτωμένου* (Non valet promissio, quae pendet ex voluntate promittentis.)

Kaum besser steht es mit seinen anderen Quellenbeweisen. Die L. 7. § 8. D. de don. i. v. et ux. (24. 1) und L. 22. pr. D. de leg. III. . . . quia venditor sive donator non sibi vult legem imponi nec potest, sed ei qui accepit; Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat (vergl. auch L. 40. § 1. D. de fid. lib. (40. 5.) L. 52. § 9. D. pr. socio (17. 2)) sagen nur, daß man sich nicht sich selber gegenüber rechtlich binden könne (durch Testament oder durch die lediglich von uns selbst gesetzte Bestimmung, daß unser eigener Sclave in gewisser Zeit frei werden solle). Die L. 51. D. de rec. arb. (4. 8) aber spricht gar nicht von der Absicht sich zu verpflichten. Allerdings kann Niemand sich selbst gebietend, verhindernd und beschränkend gegenüber treten (neque autem imperare sibi neque se prohibere potest), aber Sich verpflichten heißt auch nicht Sich gebieten, sondern einen Andern in die Lage bringen uns zu gebieten.

Wenn das Recht den Willen der Parteien als Ursache der rechtsgeschäftlichen Wirkungen betrachtet, so kann das Geschäft nur in dem Moment wirken, wo der Wille vorhanden ist. Eine zeitliche Trennung von Geschäftsabschluß und Geschäftswirkung ist unmöglich, wie überhaupt zwischen Ursache und Wirkung keine zeitliche Trennung denkbar ist. Das Geschäft kann also nur im Moment seines Abschlusses wirken. Steht in diesem Augenblick seiner Wirksamkeit ein Hinderniß entgegen, so bleibt es überhaupt unwirksam, es ist nichtig.

Dieses Princip der Gleichzeitigkeit von Geschäftsabschluß und Wirkung ist schon von Anderen, namentlich von Jhering, beobachtet (Princip der Simultanität). Es wird jedoch, da es einen Hauptgrundstein der Lehre von den Wirkungen des bedingten Rechtsgeschäftes bildet, später ausführlicher nachgewiesen und in seinen Wirkungen verfolgt werden müssen. Hier seien nur als aus dem Gange der bisherigen Erörterung sich ergebend folgende Sätze aufgestellt.

a. Das Princip der Simultanität ist nicht als logisch nothwendig zu bezeichnen [1]).

Halten wir fest, daß das Gesetz die Rechtswirkungen hervorruft, so kann es dieselben auch im Falle einer früheren Willenserklärung sehr wohl in einem späteren Moment hervorrufen. Das Gesetz kann bestimmen, daß, wenn heute die und die Willenserklärung abgegeben wird, in einem Jahre die und die Wirkung eintreten soll. So lange aber die Vorstellung herrscht, daß der Wille Ursache sei, daß der Wille selbst die Rechtswirkung schaffe, kann allerdings die Rechtswirkung auch nur eintreten in dem Moment, wo der Wille vorhanden ist. So lange erscheint also das Princip der Simultanität als nothwendig.

---

[1]) So wird es dargestellt von Köppen, Jahrb. f. Dogm. Bd. 11. S. 153. Note 28.



b. Das Princip der Simultanität bezieht sich nur auf diejenigen Folgen des Rechtsgeschäftes, bezüglich deren der Wille als Ursache gedacht wird, also nur auf die gewollten Folgen. Knüpft das Gesetz an eine Willenserklärung ungewollte Folgen, so erscheint bezüglich dieser der Wille nicht als Ursache und das Princip der Simultanität findet keine Anwendung. (Vergl. oben § 14. Willenswirkung und Gesetzeswirkung.)

c. Der Gedanke, daß der Wille unmittelbar die Rechtswirkung hervorrufe, beherrscht zwar das ältere römische Recht und ist auch im neueren vorwiegend geblieben; daneben findet sich aber doch schon die klare Erkenntniß, daß in der That auch die rechtsgeschäftlichen Folgen als Wirkung des Gesetzes betrachtet werden können. L. 130. D. de V. S. (50. 16) Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur. Es ist daher erklärlich, daß im späteren römischen Recht das ursprünglich ausnahmslose Princip der Simultanität in einigen Fällen zögernd durchbrochen wurde.

d. Das Gesetz der Simultanität hat für Testamente nie gegolten. Es erklärt sich dies wohl daraus, daß die ältesten Testamente Gesetze waren. Der Wille des in den Curiatcomitien versammelten Volkes gab dem Testamente seine Kraft. Dieser blieb auch nach dem Tode des Testators bestehen und konnte auch nach demselben Wirkungen hervorrufen. Eine Aenderung dieses einmal anerkannten Grundsatzes trat aber auch später, als man längst die Mitwirkung der Curien lediglich als Form, den Willen des Testators als die Hauptsache betrachtete, ja als ganz andere Testamentsformen aufkamen, nicht mehr ein, da ja diese Aenderung mit der Aufhebung der Testamente gleichbedeutend gewesen sein würde.

IV. Natur der Wirkung des Rechtsgeschäfts.

§. 16.

Die Ausführungen des vorigen §. berühren sich in einem Punkte mit Gedanken Karlowa's[1]). Auch Karlowa geht davon aus, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäftes und der anderen juristischen Handlungen und Thatsachen auf dem Willen des Rechtes beruhen, und unterscheidet beide folgendermaßen: „Jene anderen Handlungen und Thatsachen behandelt das Recht lediglich als Voraussetzungen der Wirkungen, welche unmittelbar aus seinem, des Rechtes, Willen hervorgehen." Beim Rechtsgeschäft dagegen „knüpft der Wille des Rechtes nicht unmittelbar die Wirkung an die Handlung, sondern er sanctionirt den Willen des oder der Privaten und verhilft diesem dadurch zu einem rechtlichen Bestande und einer Wirkungskraft, welche die rechtliche Wirkung hervorbringen und die unmittelbare Ursache der letzteren sind." „Demgemäß ist das Rechtsgeschäft nicht bloß die Voraussetzung oder Bedingung, sondern die **causa efficiens** der Rechtswirkung."

Es ist für die Erkenntniß der Wirkung des Rechtsgeschäftes nicht ohne Bedeutung, den Unterschied dieser Darstellung von der unsrigen hervorzuheben. Während Karlowa den Willen wirklich für die Ursache der Rechtswirkung erklärt, halten wir logisch es für vollkommen gleichberechtigt, den Willen als Ursache, das Gesetz als Voraussetzung, oder umgekehrt das Gesetz als Ursache, den Willen als Bedingung zu betrachten; und ferner wir erkennen an, daß die erstere, also die der Auffassung Karlowa's entsprechende Betrachtungsweise das ältere römische Recht beherrscht und auch im neueren vorwiegt, behaupten aber, daß sich doch im neueren Recht daneben bereits die zweite zeigt und, wie später nachzuweisen ist, in einzelnen

---

1) Rechtsgeschäft S. 4 — 6.

Durchbrechungen des Principes der Simultanität practische Folgen gehabt hat; wir glauben endlich, daß bei Testamenten diese Auffassung nicht gegolten hat, weil sie ursprünglich Gesetze waren, und daß sich daraus die zeitliche Trennung von Wille und Wirkung, die sich bei ihnen findet, erklärt. Es wird sich zeigen, daß diese Verschiedenheit eine wesentlich verschiedene Auffassung der Wirkungen des Geschäftes vorbereitet.

Da Karlowa den sanctionirten Willen schlechthin als Ursache der rechtsgeschäftlichen Wirkungen auffaßt, so ist damit von selbst eine zeitliche Untrennbarkeit des Geschäftes und seiner Wirkungen gegeben; denn wenn in der That der Wille des Rechtes für unseren Fall nichts bedeutet als die Sanctionirung des Privatwillens, so kann doch auch dieser sanctionirte Privatwille nur in dem Moment wirken, wo er wirklich vorhanden ist. Durch die Sanction, die Ausstattung mit rechtlicher Kraft, wird ja der Privatwille nicht in seinem Dasein verlängert, sondern nur während seines Daseins mit einer Kraft ausgestattet, die er ohne jene Sanction entbehren würde. Dies scheint mir der innere Grund zu sein, der Karlowa dahin geführt hat, ganz allgemein (auch in Fällen, wo zunächst noch keine Wirkung ersichtlich ist) eine sofortige Wirkung des Geschäftes anzunehmen, nämlich „eine rechtliche Gebundenheit der Parteien bezüglich des Eintritts der beabsichtigten Rechtswirkungen“ (welche rechtliche Gebundenheit er dann als Existenz oder Bestand des Rechtsgeschäftes bezeichnet). Wir müssen dieser Construction entschieden widersprechen.

Wir unterscheiden zwei Fälle:

1) Der sanctionirte Privatwille ruft die gewollte Rechtswirkung (Entstehung einer Forderung, eines dinglichen Rechtes ꝛc.) sofort hervor. Hier ist die Annahme jener „rechtlichen Gebundenheit bezüglich des Eintritts der Rechtswirkungen“ ganz unnöthig. Der Wille schafft unmittelbar die Rechtswirkung. Ist der Wille noch nicht fertig, so ist noch Niemand gebunden, ist er fertig, so ist die

Rechtswirkung da. Zwischen Beides ist weder zeitlich noch logisch eine Parteigebundenheit als Medium einzuschieben. Mein Wille ist vom Recht mit der Kraft ausgestattet in gewisser Weise gestaltend in die Rechtsverhältnisse einzugreifen, er greift ein und die Rechtswirkung ist da. Es ist absolut nicht einzusehen, weshalb mein Wille erst in seiner Wirkung sich gegen mich soll richten müssen und mich binden, aus welcher Parteigebundenheit dann erst wieder (auf nicht aufgeklärte Weise) die gewollte Rechtswirkung resultiren sollte.

2) Die gewollte Rechtswirkung (Entstehung eines Forderungsrechtes, des Eigenthums u. s. w.) tritt erst später ein.

Hier ist es zunächst nöthig einen Fall auszuscheiden. Es ist möglich, daß der Parteiwille eine längere Zeit hindurch factisch fortbesteht und erst in einem späteren Moment, als dem der Abgabe der äußeren Willenserklärung, die Rechtswirkung hervorruft. Hier liegt in der That der Fall sub 1) vor. Die Trennung von Wille und Wirkung ist nur eine scheinbare und dasselbe gilt natürlich auch da, wo dieses Fortbestehen des Willens zwar nicht ausdrücklich erklärt, aber bis zu einer entgegengesetzten Willenserklärung aus den Umständen geschlossen wird.

Ist der Wille und die Wirkung in Wahrheit zeitlich getrennt, d. h. also, tritt die beabsichtigte Rechtswirkung (z. B. der Eigenthumsübergang) erst in einem Zeitpunkte ein, wo der Wille factisch schon aufgehört hat zu existiren, so reicht die oben gegebene Construction nicht mehr aus. Hier wird nun von Vielen ein Medium (eine Zwischenwirkung, nach Fitting Vorwirkung) angenommen, welches den Zeitunterschied zwischen Wille und Wirkung ausfüllt, so daß der Wille dieses Medium, das Medium wieder die schließliche Rechtswirkung erzeugt. Dieses Medium nennt eine ziemlich verbreitete Meinung in den einzelnen hierher gehörigen Fällen (und außerdem in manchen, die nicht hierher gehören) Gebundenheit, bald Gebundenheit der Personen, bald Gebundenheit von Sachen. Karlowa verallgemeinert diese Auffassung zu einer „Gebunden-

heit der Geschäftssubjecte", fügt aber doch hinzu, daß das auf Begründung eines dinglichen Rechtes gerichtete Rechtsgeschäft dessen Wirkungskraft noch suspendirt ist, „schon das Object, worauf es sich bezieht, bindend erfassen könne".

Meines Erachtens dagegen ist überhaupt keine Gebundenheit vorhanden, kein Subjectionsverhältniß in welchem die gebundenen Personen oder Sachen zu anderen Personen ständen, sondern nur eine Norm, eine Regel, eine gesetzliche Bestimmung des Inhaltes, daß unter den und den Voraussetzungen die und die Rechtswirkung eintrete. Es ist eben in diesen Fällen die Auffassung des Willens als Ursache der Rechtswirkung vom Rechte verlassen, und wir haben sie daher ebenfalls zu verlassen und als unmittelbar wirkende Ursache das Gesetz zu betrachten. Die Rechtsregel bestimmt in einem solchen Falle: Wenn ein Wille, des und des Inhaltes vorhanden gewesen und gültig erklärt (eventuell auch nicht widerrufen) ist, so soll, wenn die und die weiteren Voraussetzungen später eintreten, alsdann die und die Rechtswirkung entstehen, z. B. die in der Willenserklärung genannte Sache in das Eigenthum der in der Willenserklärung genannten Person treten. Diese abstracte Regel hat, sobald jene Willenserklärung bezüglich dieser bestimmten Person und einer bestimmten Sache vorliegt, nun für diesen Fall einfach den Werth und die Bedeutung, als laute sie: „Diese bestimmte Sache fällt unter den und den weiteren Voraussetzungen in das Eigenthum dieser bestimmten Person".

Der begriffliche Unterschied beider Auffassungen ist damit wohl klar gestellt. Nicht ein Rechtsverhältniß sondern eine Rechtsnorm ist vorhanden, freilich eine Norm die dadurch, daß ihre erste Voraussetzung (die Abgabe der bezüglichen Willenserklärung) bereits erfüllt ist, jetzt für diesen Fall einen ganz speciellen Inhalt angenommen hat, wie z. B.: „Unter den und den Voraussetzungen tritt diese bestimmte Sache in dieses bestimmten Menschen Eigen-

thum" oder wird „dieser bestimmte Mensch jenem bestimmten Menschen verpflichtet".

Der practische Unterschied beider Anschauungen ist nicht unbedeutend. Jene Gebundenheit ist ein ganz unfaßbares, in den verschiedensten Gestaltungen vorkommendes Ding. Bald ist sie obligatorisch, bald dinglich, bald keins von beiden; bald entspricht ihr kein Recht einer Person, bald entspricht ihr ein solches; bald ist dieses Recht veräußerlich und vererblich, bald nur eins oder keins von beiden, bald ist Aufhebung der Gebundenheit zulässig, bald nicht, bald ist nur die passive, nicht die active Seite vererblich und so fort: Die Gebundenheit ist im Stande allen Anforderungen zu genügen, weil sie ein Begriff ist, dem es noch an der genügenden Klarheit ermangelt, ein Name nichts weiter, ein Name, unter den eine ganze Reihe von noch nicht genügend erklärten Einzelerscheinungen subsumirt wird, welche unter sich völlig verschieden sind, und von denen keine einzige durch den Ausdruck persönliche oder sachliche Gebundenheit genügend characterisirt wird. Diese Einzelerscheinungen sind im Verlauf dieser Abhandlung in ihrer wahren Natur darzustellen und aus den Quellen zu erweisen. Vorläufig haben wir es nur mit einer einzigen derselben zu thun, welche in ihrer einfachen Bestimmtheit gerade das Gegenbild zu dem verschwommenen Begriff der Gebundenheit bildet.

Bei der Annahme einer bloßen Rechtsnorm, welche eben durch das Eintreten eines Theiles ihrer Voraussetzungen nun eine specielle Bedeutung für den Fall erlangt hat, kann (bevor die gewollte Wirkung eintritt) von einem Rechte einer Person (an der Norm?!) gar nicht die Rede sein; für Veräußerung oder Vererbung fehlt jedes Object; an Verzicht (auf Rechtsnormen?!) ist nicht zu denken.

Nur das ist möglich, daß die Rechtsnorm ihre Bedeutung für den betreffenden Fall wieder verliert, weil Umstände (z. B. Widerruf der Willenserklärung) eintreten, unter denen das Recht die

Wirksamkeit der betreffenden Regel ausschließt, oder weil diejenigen Umstände nicht eintreten, von denen die Regel die Rechtswirkung noch abhängig macht — mit anderen Worten, weil die negativen oder positiven Bedingungen, von denen die Rechtswirkung noch abhängt, nicht eintreten.

Es wird wünschenswerth sein, das Gesagte an einem Beispiele zu illustriren, zu dem ich das bedingte Legat einer dem Testator gehörigen Sache wähle, obgleich die Beweise erst in einem späteren Abschnitt erbracht werden können.

Wollten wir die Rechtsregeln über das bedingte Legat einer dem Testator gehörigen Sache mit Weglassung minder wichtiger oder uns hier nicht interessirender Punkte in eine einzige zusammenfassen, so könnte dieselbe etwa folgendermaßen lauten.

Wenn 1) ein testirfähiger Mensch einer Person unter einer Bedingung in den dafür vorgeschriebenen Formen (Testament, Codicill ꝛc.), 2) eine dem Testator gehörige Sache vermacht, 3) diese Verfügung nicht widerruft und 4) beim Tode Eigenthümer der Sache ist, so soll, wenn 5) der eingesetzte Erbe antritt und 6) die Bedingung erfüllt ist, das Eigenthum der Sache auf den Legatar übergehen[1]).

Sobald nun der testirfähige A. in seinem gültigen Testamente sein Haus dem B. vermacht hat, tritt eben keine andre Veränderung ein, als die, daß jene Regel nun für den bestimmten Fall ganz dieselbe Bedeutung erlangt hat, als lautete sie, falls (3) der A. das Vermächtniß seines Hauses an B. nicht widerruft und (4) beim Tode Eigenthümer des Hauses ist, fällt das Haus, sobald (5) der eingesetzte Erbe antritt und (6) die Bedingung erfüllt ist, in das Eigenthum des B. Von einer Gebundenheit ist nicht die Rede. A. ist

---

[1]) Der Kürze wegen sind verschiedene Voraussetzungen z. B. Erhaltung der rechtlichen Testirfähigkeit des Testators, Solvenz der Erbschaft, Nichtverletzung der Quarta Falcidia, Nichtausschlagen von Seiten des Legatars u. s. w. ausgelassen.

nicht gebunden, ebenso wenig der B. oder der Erbe oder die legirte Sache, von der einstweilen durchaus nichts anderes gilt, als von irgend welchen anderen Sachen.

Die oben genannte Regel erlangt, sobald der Testator als Eigenthümer der Sache und ohne das Legat widerrufen zu haben stirbt, für unseren Fall einfach die Bedeutung: Das Eigenthum dieses Hauses geht, sobald (5) der eingesetzte Erbe angetreten hat und (6) die Bedingung erfüllt ist, auf den Legatar über. Auch hier tritt keine Gebundenheit als besonderes Rechtsverhältniß ein. Keine Vererbung, keine Veräußerung, kein Verzicht von Seiten des B. ist denkbar. Von der Sache wie von den Personen gilt ganz dasselbe wie von irgend anderen Sachen und Personen, nur daß eben eine Regel existirt, welche, wenn die beiden genannten Voraussetzungen eintreten, dieses Haus in dieses bestimmten Menschen, des B., Eigenthum bringt. Wenn endlich der Testamentserbe (vor Eintritt der Bedingung) angetreten hat, so ist auch nun das Rechtsverhältniß in nichts geändert. Die Regel hat einfach die Bedeutung angenommen: Wenn (6) die Bedingung eintritt, fällt dieses Haus in das Eigenthum des B. Der Erbe ist in keiner Weise gebunden, er kann die Sache unbehindert veräußern oder belasten; aber freilich fällt sie, wenn die Bedingung eintritt, in das Eigenthum des B., so daß die von A. bestellten Rechte erlöschen [1]). Der B. hat kein Recht irgend welcher Art erworben [2]), weshalb auch von einer Vererbung, Veräußerung oder von einem Verzicht, einem Ausschlagen noch nicht die Rede sein kann. Nirgends ein neues Rechtsverhältniß, obligatorischer oder dinglicher Natur. Nur die Rechtsregel

[1]) L. 69. § 1. L. 81. pr. D. de leg. I. L. 105. D. de cond. (35. 1). L. 11. § 1. D. quemadm. serv. (8. 6). L. 16. D. quib. mod. ususfr. (7. 4). Dies ist auch durch Justinian's L. 3. § 2. 3. C. comm. de leg. (6. 43) nicht geändert.

[2]) Auf das Cautionsrecht wird hier nicht eingegangen; denn es ist nicht vermacht, sondern beruht auf Rechtsregel. Es setzt auch kein Recht irgend welcher Art voraus, sondern nur die Möglichkeit eines zukünftigen Rechtes.



gilt, daß die Sache bei Eintritt der Bedingung in das Eigenthum des B. fällt. Will man das eine Gebundenheit der Sache nennen, so wird das unschädlich sein, falls man sich stets daran erinnert, daß diese Gebundenheit in nichts weiter besteht, als darin, daß von den vielen Voraussetzungen, unter denen die Rechtsregel eine gewisse Rechtswirkung vorschreibt, hier alle, bis auf eine, erfüllt sind, und daß daher die Rechtswirkung eintritt, sobald auch diese letzte sich verwirklicht.

Den Nachweis des Gesagten aus den Quellen kann ich erst bei der Besprechung der Wirkung der erfüllten Bedingung erbringen, und erst dort wird auch einer Reihe von zu erwartenden Einwänden begegnet werden können. Nur ein anscheinend sehr schlagender Einwurf soll schon hier mit einem kurzen Wort berücksichtigt werden. Was von der dinglichen Wirkung gesagt ist, wird man auch für die obligatorische annehmen, oder historisch, was vom Vindicationslegat galt, auch für das Damnationslegat. Hier aber scheint die allgemein angenommene passive Vererblichkeit des Damnationslegates vor Eintritt der Bedingung zu widersprechen. Natürlich leugne ich nicht, daß, wenn der onerirte Erbe, nachdem er angetreten, aber vor dem Eintritt der Bedingung stirbt, sein Erbe das Legat entrichten muß. Ich führe dies aber nicht auf eine Vererbung zurück — eine Schuld war noch nicht vorhanden und konnte sich daher auch nicht vererben — sondern es ist eine Folge lediglich davon, daß der vermuthlichen Absicht des Testators gemäß das Vermächtniß dem Onerirten oder seinen Erben auferlegt ist. Zur Zeit des Formalismus des älteren Rechts interpretirte man deshalb die Verfügung „heres meus damnas esto" so „heres heredisve heres damnas esto", wie der bekannte Satz „Heredum appellatione heredum quoque heredes appellantur" bezeugt. Das heutige Recht bedarf dieser Worterklärung nicht, es genügt hier, daß die Verpflichtung des Erben des Onerirten der vermuthlichen Absicht des Testators entspricht.

§. 17. Schluß. Resultate dieses Abschnittes.

Da die Resultate der bisherigen Untersuchung nicht nur bei der Erörterung des Begriffs befristeter und bedingter Rechtsgeschäfte, sondern namentlich bei der Feststellung des zeitlichen Verhältnisses der Geschäfte und ihrer Wirkung überhaupt, sowie der Folgen der befristeten und bedingten Rechtsgeschäfte ihre Verwerthung finden, so empfiehlt es sich dieselben zur bequemeren Uebersicht in kurzen Sätzen zusammenzustellen:

1. Das Wollen ist eine durch Selbstbeobachtung erkannte Grunderscheinung des geistigen Lebens, welche nicht in Urtheile und Begehrungen aufgelöst werden kann.

2. Wollen ist nicht nur das Wollen körperlicher Bewegung, gewollt sein kann Alles, was der Wille unmittelbar oder mittelbar zu bewirken vermag, indem er unmittelbare oder mittelbare Ursachen der gewollten Wirkung hervorruft.

3. Der Rechtsgeschäftsbegriff erfordert das Wollen der Rechtsfolge, nicht aber das Bewußtsein von der juristischen Construction derselben.

4. Als Regel gilt, daß wahrer und erklärter Willen erforderlich ist, die Erklärung allein genügt nicht. Aus Gründen der Verkehrssicherheit sind aber eine Reihe von unter sich verschiedenen Ausnahmen dieses Princips nothwendig und mindestens theilweise im römischen Rechte auch anerkannt.

5. Der Rechtsgeschäftsbegriff erfordert das Eintreten der gewollten Rechtsfolge. Tritt dieselbe nicht ein, so ist das Rechtsgeschäft nichtig.

6. Außer der gewollten Rechtswirkung (Willenswirkung) treten im Gefolge des Rechtsgeschäftes auch nicht gewollte (oder nicht nothwendig gewollte) Folgen auf (Gesetzeswirkung), nämlich

a. die gesetzlichen Folgen der durch den Willen geschaffenen Rechtsverhältnisse (mittelbare Wirkungen),

b. nicht (oder nicht nothwendig) gewollte Folgen, welche das Gesetz unmittelbar an die Willensäußerung knüpft (Nebenfolgen).

7. Von der gesetzlich an eine Willensäußerung geknüpften nicht oder nicht nothwendig gewollten Folge (Gesetzeswirkung), ist die stillschweigend gewollte Folge (Willenswirkung) zu unterscheiden.

8. Das ältere römische Recht betrachtet den Willen als Ursache der rechtsgeschäftlichen Folgen. Es nimmt daher an, daß der Wille die Rechtswirkung unmittelbar hervorrufe, stellt daher das Princip der Gleichzeitigkeit des Geschäftsabschlusses und seiner Wirkungen auf (Princip der Simultanität).

9. Der Wille gilt aber als Ursache nur für die gewollten Rechtsfolgen. Das Princip der Simultanität bezieht sich daher nicht auf die nicht gewollten, lediglich gesetzlichen Folgen des Geschäftes.

10. Das Princip der Simultanität hat für Testamente nie gegolten und ist bei Rechtsgeschäften unter Lebenden im neuern Recht in einzelnen Fällen zögernd durchbrochen.

11. Ist der Abschluß des Geschäftes und die Rechtswirkung zeitlich getrennt (Ausnahme von dem Princip der Simultanität), so besteht in dieser Zwischenzeit im allgemeinen [1]) nichts Anderes als die gesetzliche Bestimmung, daß die gewollte Wirkung in jenem späteren Moment eintrete. Die Annahme einer allgemeinen persönlichen oder dinglichen Gebundenheit, einer Gebundenheit der Geschäftssubjecte, einer Vorwirkung u. s. w. ist nicht erforderlich und wegen der Unbestimmtheit dieser Begriffe zu vermeiden.

[1]) Also von besonderen später zu besprechenden Fällen abgesehen.



Zweiter Abschnitt.

Das bedingte und befristete Rechtsgeschäft.

I. Das Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes.

1) Die Abgrenzung des Bedingungsbegriffes.

§. 18.

Die Abgrenzung des Bedingungsbegriffes hat der Verfasser in seiner früheren Schrift über Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung und des Anfangstermins S. 88 bis 140 behandelt. Die Hauptergebnisse der dortigen Untersuchung waren:

1) Der Begriff der Bedingung im engeren Sinne oder der eigentlichen Bedingung erfordert, daß der Umstand, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Rechtswirkung abhängig gemacht wird, zur Zeit des Setzens der Bedingung für menschliches Wissen unerforschlich sei, während für die Zukunft eine Aufklärung oder Entscheidung in Aussicht steht.

2) Die Abhängigkeit der Rechtswirkung von der Bedingung, muß auf dem Willen der Parteien (des Testators) beruhen. Die sog. condicio quae tacite inest, oder condicio juris, d. h. diejenige Bedingung, von der die Rechtswirkung auch ohne den Willen der Parteien nach der Natur des Geschäftes oder seines Gegenstandes oder in Folge besonderer Rechtsvorschrift abhängt, ist keine eigentliche Bedingung.

Der Stand der Frage erfordert nicht, gegenwärtig auf diese Punkte wieder zurückzukommen. Die abweichenden Meinungen, nach welchen jede der Form nach auf die Zukunft gestellte Bedingung, bezw. jede subjectiv ungewisse Bedingung eine wahre sein soll, und ferner auch die condicio juris durch den Willen der Parteien zu einer eigentlichen soll erhoben werden können, sind, so viel ich sehe, jetzt allgemein aufgegeben.

In einem minder wichtigen Punkte dagegen ist gegen die oben angegebenen Resultate Widerspruch erhoben. Während nach meiner Meinung eine eigentliche, die Pendenz des Rechtsgeschäftes bewirkende Bedingung dann vorhanden ist, wenn die zur Bedingung gesetzte Thatsache (zur Zeit des Setzens der Bedingung) durch ihre Natur dem menschlichen Erkenntnißvermögen entzogen ist [1]), hält Windscheid [2]) an dem Erforderniß objectiver Ungewißheit fest. Ich habe mich indessen von der Unrichtigkeit der von mir aufgestellten Ansicht aus folgenden Gründen nicht überzeugen können:

1) Es ist jetzt fast allgemein anerkannt, und Windscheid betont es selber aufs Entschiedenste, daß das erste Kriterium der eigentlichen Bedingung in ihrer suspendirenden Kraft besteht, also darin, daß sie die Pendenz hervorruft. Eine solche Pendenz aber tritt, wie die Quellen ausdrücklich und mehrfach bezeugen, auch dann ein, wenn der Umstand, von dem ein Rechtsverhältniß abhängt, ohne objectiv ungewiß zu sein, für menschliches Wissen zur Zeit unerforschlich ist.

Der Erblasser hat einen Sohn und eine schwangere Wittwe hinterlassen. Die Frage ob der Sohn die Erbschaft ganz oder zu einem Theile erhält, hängt davon ab, wie viel Kinder nachgeboren werden, und dies ist wegen der Möglichkeit einer Fehlgeburt objectiv ungewiß. Gleichwohl ist, wenn nur ein Kind conci=

---

[1]) a. a. O. S. 99 — 103.

[2]) Pand. § 87 namentlich Anm. 2 und 6.

pirt ist, schon jetzt objectiv gewiß, daß der Sohn (mindestens) zur Hälfte Erbe wird. Die Gewißheit dieses Punktes wird durch die Möglichkeit einer Fehl- oder Todtgeburt in keiner Weise beeinträchtigt [1]).

Ist nun die Windscheid'sche Ansicht richtig, daß die suspendirende Kraft nur objectiv ungewissen Umständen zukommt, so müssen wir folgendermaßen entscheiden:

„Wenn ein Vater mit Hinterlassung eines filiusfamilias und einer schwangeren Wittwe stirbt, so wird, wenn es sich nachher herausstellt, daß nur ein Kind concipirt war, klar, daß der Sohn sofort zur Hälfte Erbe geworden war (denn es war schon damals objectiv gewiß, wenn auch den Menschen unbekannt, daß höchstens ein Kind geboren werde). Deshalb hat auch der Sohn die Klagen die er inzwischen anstellte, zur Hälfte richtig angestellt (also nach Pandektenrecht auch zur Hälfte consumirt)".

Ist dagegen meine Ansicht richtig, kommt also jedem für menschliches Wissen unerforschlichen Umstande, auch wenn er objectiv schon entschieden ist, suspendirende Kraft zu, so ist folgendermaßen zu entscheiden:

„Wenn ein Vater mit Hinterlassung eines filiusfamilias und einer schwangeren Wittwe stirbt, so ist, auch wenn nur ein Kind concipirt ist, also objectiv gewiß ist, daß nicht mehr als eins geboren wird, dieser Umstand doch für menschliches Wissen unerforschlich, deshalb wird der Sohn einstweilen nicht zur Hälfte Erbe und hat auch die von ihm angestellten Klagen nicht zur Hälfte consumirt, mag sich auch später zeigen, daß nur ein Kind concipirt war. Nur in Bezug auf ein Viertel nach der einen, oder ein Sechstel nach der anderen Ansicht ist keine Pendenz anzunehmen, weil auf mehr als Drillinge bezw. Fünflinge nicht zu rechnen ist."

---

[1]) In dieser Beziehung ist also die Berufung Windscheid's auf die Möglichkeit einer Fehl- oder Todtgeburt nicht zulässig.



Daß Julianus und Paulus unter Verwerfung anderer Ansichten sich auf den letzteren Standpunkt stellen, beweisen:

L. 28. § 5. D. de jud. (5. 1) Paulus. Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, *quia poterant plures nasci: quum* (obgleich) *per rerum naturam certum fuerit unum nasci.* Sed Sabinus, Cassius partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur: *nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, quum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.*

L. 36. D. de solut. (46. 3). Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant (si postumus natus sit) [1]): si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Julianus notat: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam quia quinque etc.

2) Ganz dem Gesagten entsprechend wird auch in über die Bedingung redenden Stellen erfordert, daß die zur Bedingung gesetzte Thatsache durch ihre Natur (beim Setzen der Bedingung) dem menschlichen Erkenntnißvermögen entzogen ist.

an quantum in natura hominum sit, possit sciri, eam debitu iri L. 38. D. de reb. cred. (12. 1.)

3) Endlich ist auf die wenig erfreulichen, practisch gewiß nicht empfehlenswerthen Folgen hinzuweisen, welche Windscheid's An=

---

[1]) Conjectur Mommsens, welche, ohne den Sinn zu ändern, die Durchsichtigkeit der Stelle erhöht.

sicht bei consequenter Durchführung nach sich ziehen müßte. Ein Legat, hinterlassen unter der Bedingung, daß dem Testator kein Sohn geboren werde, ist nach Windscheid unbedingt und also vererblich, sobald objectiv sicher ist, daß kein Sohn geboren werde. Es ist also für die Frage der Vererblichkeit der Beweis entscheidend, entweder a. daß überhaupt keine Conception stattgefunden hatte, oder b. daß das concipirte (vielleicht fehlgeborene) Kind weiblichen Geschlechtes geworden und schon zur Zeit des fraglichen Vererbungsfalles gewesen sei. (Das Geschlecht entscheidet sich etwa im dritten Monat der Schwangerschaft).

Kann einer dieser Beweise erbracht werden, so ist das Legat, weil damals objectiv bereits gewiß, auf die Erben übergegangen, im anderen Falle nicht. Es genügt an diese Consequenzen zu erinnern, um zu zeigen, daß der practische Sinn der römischen Juristen das Richtige traf, als er das Vorhandensein der Pendenz und ihrer Folgen und das Vorhandensein einer eigentlichen Bedingung auf die zur Zeit vorliegende Unerforschlichkeit für menschliches Wissen, nicht aber auf objective Ungewißheit stellte.

2) Das Wesen der bedingten Willenserklärung.

§. 19. a) Grundlegende Erörterung.

Die üblichen Begriffsbestimmungen der Bedingung leiden großentheils an dem Fehler, daß der Bedingung von vorn herein begriffliche Selbständigkeit beigelegt wird. Man betrachtet sie als eine besondere Bestimmung, welche zwar mit dem übrigen Geschäftsinhalt in engem Zusammenhang stehe, aber doch für sich begrifflich als etwas Ganzes erscheine und demgemäß auch in der Eintheilung der Geschäftsbestimmungen in essentialia, accidentalia und naturalia ihren Platz finden müsse.

Daß dabei eine petitio principii zu Grunde liegt, ist klar genug. Die bloße Stellung der Frage „Ist die Bedingung eine

Nebenbestimmung oder ein essentiale negotii" ist eine solche; denn sie setzt voraus, daß die Worte „Wenn Titius Consul wird, will ich Dir 100 zahlen" zwei Bestimmungen enthalten, und fragt nur nach der Natur derselben, während vor allen Dingen die Frage aufgeworfen werden muß, ob nicht diese Worte nur eine einzige untrennbare Bestimmung enthalten. Nachdem diese petitio principii einmal gemacht war, ergab sich die weitere Auffassung der Bedingung von selbst. Da es unbedingte Rechtsgeschäfte gab, konnte man die Bedingung nicht zu den essentialia, sondern nur zu den accidentalia, den Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte rechnen, und da durch diese vermeintliche Nebenbestimmung die vermeintliche Hauptbestimmung beschränkt zu werden schien, so bezeichnete man die erstere als Selbstbeschränkung des Willens.

Es ist nicht schwer die Unrichtigkeit dieser Resultate zu zeigen. Wäre das „ich will Dir 100 schenken" die Haupt- und das Setzen der Bedingung die Nebenbestimmung, so müßten sie doch mit einander verträglich sein, sie müßten einander nicht widersprechen. Hier aber ist ein Widerspruch vorhanden. Ich kann nicht dieselben 100 Dir schlechthin schenken wollen, und doch nur für den Fall des Eintritts der Bedingung. Das letztere schließt das erstere und das erstere das letztere aus. Es ist auch ganz unrichtig, daß der das Geschäft schließende zunächst dasselbe kategorisch wolle; dann aber den Willen beschränke; er hat vielmehr die Rechtswirkung für den Fall des Nichteintritts der Bedingung niemals gewollt.

Schon diese Widersprüche leiten zu dem Gedanken, daß die bedingte Willenserklärung eine untrennbare Einheit bildet[1]). Zugleich aber zeigen sie, daß der Angriffspunkt unserer Untersuchung nicht die Bedingung an sich, sondern nur die bedingte Willenserklärung als

---

[1]) Diese Einheit betonen Huschke, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 15. S. 248; Fitting, Archiv f. civil. Pr. Bd. 39. S. 308 u. 9; Unger, österr. Pr. R. II. § 83. Anm. 3 u. namentlich Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 24 u. Pand. § 86 Text u. Anm. 3.

Ganzes sein darf, und da ist die zuerst zu beantwortende Frage. Was ist denn bei einer solchen bedingt, d. h. ungewiß, abhängig?

Die gewöhnlich gegebene, besonders von Fitting[1]), Unger[2]), Arndts[3]), Hasenöhrl[4]) verfochtene Antwort ist, der Wille selbst sei bedingt. Nimmt man das so genau, als nöthig ist, so heißt das: der Wille selbst, sein Dasein, ist von dem Eintritt oder Nichteintritt des fraglichen Umstandes abhängig. Tritt jener Umstand ein, so zeigt sich, daß der Verfügende gewollt hat, wird der Umstand vereitelt, so zeigt sich, daß derselbe nicht gewollt hat.

Ich halte diese Auffassung für begrifflich unmöglich. Das Wollen kann nicht bedingt sein. Das Wollen ist eine Thatsache, eine gegenwärtige Thatsache kann nicht von einem zukünftigen Ereigniß abhängig sein. Die Seelenbewegung, die wir Wollen nennen, ist entweder im gegenwärtigen Momente da, oder sie ist nicht da, und an dem was jetzt ist, kann durch die Zukunft (durch den zukünftigen Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung) nichts geändert werden[5]).

Niemand wird leugnen, daß es oft ein schwieriger Entschluß sein kann, ob ich das bedingte Geschäft abschließen will. Wenn ich nun nach langer Erwägung, vielleicht schweren Kämpfen den Entschluß gefaßt habe, das bedingte Geschäft abzuschließen, und es wirklich geschlossen habe, kann man dann, wenn die Bedingung ausfällt, sagen, ich hätte mich nicht entschlossen, ich hätte gar nicht gewollt? Derselbe Streit, den wir hier führen, ist auf dem Ge-

---

1) Archiv f. civil. Praxis. Bd. 39. S. 332, 336 ff.

2) Oesterr. Pr. R. II. S. 70. Anm. 58.

3) Pandekten § 66.

4) Oesterr. Obligationenrecht I. S. 445. Anm. 2. Daselbst zahlreiche weitere Citate für und gegen diese Ansicht.

5) Dasselbe gilt übrigens auch bei der cond. in praesens vel praet. relata. Die Thatsache des Wollens kann nicht von der mir unbekannten Wahrheit oder Unwahrheit eines Umstandes abhängen.

biete der Logik längst gekämpft und nahezu ausgefochten. Gerade wie unsere Gegner beim bedingten Rechtsgeschäft ein bedingtes Wollen der Rechtswirkung annehmen, betrachtete Christian Wolff das hypothetische Urtheil als eine bedingte Behauptung des Nachsatzes [1]); allein wie wir ausführten, daß ein bedingtes Wollen undenkbar sei, wurde auch auf dem Gebiete der Logik gezeigt, daß eine bedingte Behauptung keine Behauptung sein würde. Die ebenso lehrreiche als anregende Schrift über das hypothetische Urtheil von Sigwart [2]) führt diesen Gedanken folgendermaßen aus: Da der Nachsatz nicht behauptet werden soll, ehe man etwas über den Vordersatz weiß; da in Beziehung auf beide also ein Conditionalsatz der Ausdruck der Ungewißheit ist, welche noch nicht zu einer Entscheidung kommen kann, so scheint in der That gar kein Urtheil im eigentlichen Sinne vorzuliegen, d. h. keine Aussage, von welcher man sagen könnte, ob sie wahr oder falsch ist, die demnach irgend eine Gültigkeit beanspruchen könnte."

Ganz vorwurfsfrei ist freilich diese Deduction noch nicht. Es ist durch sie nur erwiesen, daß nach Wolff's Auffassung, so lange die Wahrheit des Vordersatzes ungewiß ist, nicht gesagt werden könne, es liege eine bestimmte Behauptung vor. Damit scheint es aber nicht ohne Weiteres unvereinbar, daß eine Aussage vorliege, die bei Wahrheit des Vordersatzes eine feste Behauptung, bei Unwahrheit überhaupt keine Behauptung wäre. Eine solche Abhängigkeit der Existenz von der Bedingung nennen wir aber gerade „bedingt." Will man daher die Undenkbarkeit einer bedingten Behauptung beweisen, so muß man darlegen, (wie es oben beim

---

1) Philosophia rationalis sive logica Francofurti et Lipsiae 1728. § 218. p. 225. Propositio hypothetica est, in qua praedicatum tribuitur subjecto sub adjecta conditione.

2) Beiträge zur Lehre vom hypothetischen Urtheile, beigefügt dem Verzeichnisse der doctores philosophiae Tübingen 1871. S. 37.

Wollen geschehen), daß auch bei Unwahrheit des Vordersatzes eine Behauptung vorliegt, die wahr oder falsch sein kann. Dieser Beweis ist nicht schwer. Die Aussage „Wenn der Koran von Gott kommt, ist Mohammed der Prophet Gottes“ existiert, auch wenn der Koran nicht von Gott kommt; ist auch dann eine Behauptung; sie kann dennoch wahr oder falsch sein. Für ihre Richtigkeit sprechen alle Aussprüche des Koran, welche Mohammed als Propheten Gottes bezeichnen, für die Unrichtigkeit die etwa widersprechenden. Mag es auch noch so gewiß sein, daß der Koran nicht von Gott kommt, so kann es doch darum unwiderleglich richtig sein, daß wenn der Koran von Gott käme, Mohammed Gottes Prophet wäre. Oder nehmen wir ein Beispiel mit negativem Vorder- und Nachsatz. Als am 27. November 1872 mächtige Sternschnuppenschwärme die Erdbahn kreuzten, that ein Astronom den Ausspruch [1]): „Wenn in den nächsten Tagen nicht in dem und dem Sternbild ein Komet steht, so ist die Schiaperalli'sche Sternschnuppentheorie unrichtig.“ Nun, die (negative) Bedingung trat nicht ein, der Komet war da und wurde auch auf Telegramm desselben Astronomen von der Sternwarte zu Madras aus entdeckt. Ist denn nun der Ausspruch jenes Astronomen kein Urtheil, gar keine Behauptung? Ist es nicht vielmehr trotzdem ein Urtheil, das auf Schlüssen beruht, deren Feinheit und Schnelligkeit die höchste Anerkennung verdient?

Ich glaube sonach als feststehend betrachten zu dürfen, daß das sog. hypothetische Urtheil eine feste unbedingte Behauptung enthält. Die entgegengesetzte Ansicht beruht auf einer Verwechslung. Bedingt ist — die Richtigkeit des hypothetischen Urtheils vorausgesetzt — die Wahrheit des Nachsatzes, aber nicht die Behauptung des Nachsatzes; denn dieser ist überhaupt nicht behauptet, weder unbedingt,

---

[1]) Daß in Wirklichkeit nicht diese Form der Behauptung gewählt ist, ist für uns gleichgültig; genug, daß sie hätte gewählt werden können.

noch bedingt. Die einzige im hypothetischen Urtheil wirklich enthaltene Behauptung ist darauf gerichtet, daß der Nachsatz eine Consequenz aus dem Vordersatze sei, daß die Annahme des Vordersatzes die Annahme des Nachsatzes nothwendig mache, daß sich beide wie Grund und Folge [1]) verhalten. Diese Wahrheit hat sich schon früh Bahn gebrochen. Die erste, wenn gleich noch nicht zu völliger Klarheit durchgedrungene Erkenntniß findet sich bereits bei den Stoikern [2]); mit völliger Schärfe aber tritt sie zuerst bei Boetius hervor:

> *non significat multa, sed . . . . significat consequentiam quandam,* non enim dicit utrasque esse, sed, si una est, aliam consequi . . . . *imaginem quidem emittens plura significandi, unam vero rem significans oratio* [3])

und ferner:

> Si quis ergo recte conditionali propositioni repugnabit, id efficiet, ut earum destruat consequentiam [4]).

Ist auch diese Erkenntniß im Mittelalter wieder verloren gegangen, so tritt sie um so schärfer seit Kant wieder hervor. Auch jetzt herrscht zwar keineswegs in allen Beziehungen über das hypothetische Urtheil und sein Verhältniß zum kategorischen Einverständniß. Während z. B. Kant und die Kantianer beide Urtheile als verschiedene Verhältnisse des Denkens scheiden, betrachten sie Herbart, Beneke und am entschiedensten J. S. Mill und Trendelenburg deren Auffassungen übrigens wieder unter einander differiren, als im wesentlichen gleich und nur durch leichtere Modi-

---

[1]) Real oder nur für unser Erkennen, während real das Verhältniß auch gerade umgekehrt sein kann, z. B. „wenn das Thermometer steigt, wird die umgebende Luft wärmer“.

[2]) Vergl. Sigwart a. a. O. Aristoteles behandelt bekanntlich das hypothetische Urtheil überhaupt nicht.

[3]) Boetius de interpretatione ed. sec. p. 329.

[4]) De syllogismo hypothetico. Ed. I. p. 614.

ficationen oder Nebengedanken geschieden. Aber zwei Punkte werden doch von den neueren Philosophen mit wenigen Ausnahmen bald ausdrücklich, bald stillschweigend anerkannt, nämlich einmal, daß das hypothetische Urtheil nicht ein zusammengesetztes, sondern ein einziges einheitliches Urtheil sei, und zweitens, daß durch das hypothetische Urtheil das Verhältniß von Grund und Folge oder das Verhältniß der nothwendigen Consequenz behauptet werde.

Ich kann nicht darauf verzichten, einige in dieser Beziehung besonders prägnante oder instructive Aussprüche anzuführen.

Kant, Kritik der reinen Vernunft. Aufl. 1. S. 73. „Der hypothetische Satz: wenn eine vollkommene Gerechtigkeit da ist, so wird der beharrlich Böse bestraft, enthält zwei Sätze: Es ist eine vollkommene Gerechtigkeit da, und: der beharrlich Böse wird bestraft. Ob beide Sätze an sich wahr seien, bleibt hier unausgemacht. (Wir sagten oben: Weder der eine noch der andere wird behauptet). Es ist nur die Consequenz, die durch das Urtheil gedacht wird“.

Beneke, System der Logik. 1842. I. 161 ff. II. 97 ff.

„(Das hypothetische Urtheil) behauptet die nothwendige Verbindung von Vorder- und Nachsatz für mein Denken; eine mit Nothwendigkeit bedingte Abhängigkeit des einen von dem andern“.

J. St. Mill, Logik, übersetzt von Schiel. Bd. I. S. 99 ff.

„Ein hypothetisches Urtheil besteht nicht .... aus einer Anhäufung von einfachen Urtheilen; die einfachen Urtheile, welche einen Theil der Worte ausmachen, in welche das hypothetische Urtheil gekleidet ist, bilden nicht einen Theil der Behauptung, welche es aussagt [1]). Wenn wir sagen: „Wenn der Koran von Gott kommt, so ist Mohammed der Prophet

---

[1]) Sie sind also auch nicht eine Haupt- und eine Nebenbehauptung.

Gottes," so wollen wir damit nicht behaupten, daß der **Koran von** Gott kommt, oder daß Mohammed wirklich sein Prophet ist. **Keines** dieser einfachen Urtheile braucht wahr zu sein und dennoch **kann** die Wahrheit des hypothetischen Urtheils unwidersprechlich **sein.** Nicht die Wahrheit von einem der Urtheile wird hier behauptet, sondern es wird behauptet, daß das eine aus dem andern gefolgert werden kann. Was also ist das Subject und was das Prädikat des hypothetischen Urtheils? Weder der Koran noch Mohammed, denn von **Beiden** wird weder etwas bejaht noch verneint. Das wirkliche Subject ... ist das ganze Urtheil „Mohammed ist der Prophet Gottes" und die Affirmation ist, daß dies eine legitime Folgerung des Urtheils „der Koran kommt von Gott" ist. Das Subject ist irgend ein Urtheil: das Prädikat ist ein relativer, auf Urtheile anwendbarer Gemeinname und zwar von dieser Form — „eine Folgerung aus so und so." Es bietet sich hier ein neuer Beleg für die Bemerkung dar, daß alle Partikel Abkürzungen sind, denn „wenn A, B ist, so ist C, D" erscheint als eine Abkürzung von Folgendem „das Urtheil, C ist D, ist eine richtige Folgerung des Urtheils, A ist B."

Sigwart a. a. O. S. 37 ff.:

„Es ist sobald man den Terminus Urtheil nur von einer Aussage braucht, welche gültig sein will, ungenau, in einem Conditionalsatz von einer Verknüpfung von Urtheilen zu reden. Ein sog. Causalsatz (weil A ist, ist B) verknüpft Urtheile; denn er enthält die dreifache Behauptung, daß A ist, daß B ist, und daß sie im Verhältniß von Grund und Folge stehen; was aber in einem Conditionalsatz verknüpft wird, sind Gedankenverbindungen, die nur als mögliche Urtheile vorgestellt werden, aber noch keine Urtheile sind.

.... es liegt ... eine Behauptung in einer solchen Aussage, welche wahr oder falsch sein kann ...., eine Behauptung über das Verhältniß der beiden Prädicirungen selbst, die durch

den Vordersatz und Nachsatz vorgestellt, aber nicht als Behauptungen vollzogen sind; *die Behauptung nämlich, daß die Gültigkeit des Vordersatzes die des Nachsatzes unweigerlich nach sich zieht*."

Wenden wir das für das hypothetische Urtheil gefundene Resultat auf das bedingte Geschäft an. Genau wie das hypothetische Urtheil eine feste unbedingte Behauptung, enthält das bedingte Geschäft einen festen Willen, den Willen, daß sich Bedingung und Rechtswirkung wie Grund und Folge verhalten sollen. *Es wird gewollt die Abhängigkeit der Rechtswirkung von der Bedingung*. Das unbedingte und bedingte Geschäft unterscheiden sich also nicht dadurch, daß der Wille beim ersten fest und entschieden, beim letzteren bedingt, ungewiß, abhängig wäre. Nein, in beiden Fällen ist der Wille fest und unzweifelhaft, nur der Inhalt des Willens, das Gewollte, ist verschieden. Im einen Falle will man die Verpflichtung, den Eigenthumsübergang und dergleichen, im andern will man, daß der Eintritt der Bedingung die Verpflichtung, die Eigenthumsübertragung und dergleichen zur Folge habe, daß letztere von ersterem abhängig sei.

Durch diese Deduction wird zugleich ein schon oben auf negativem Wege gefundenes Resultat durch positiven Beweis bestätigt. Der Wille, welcher darauf gerichtet ist, daß Bedingung und Rechtswirkung sich wie Grund und Folge verhalten sollen, ist ein einheitlicher, untrennbarer Wille, es ist ganz unmöglich, ihn in zwei Willen, eine Haupt- und Nebenbestimmung zu zerlegen. Auch hier trifft die Parallele des hypothetischen Urtheils völlig zu; ja es ist in dieser Beziehung gleichgültig, welcher der oben angeführten neueren Ansichten wir im Einzelnen folgen. Alle geben das gleiche Resultat. Nach *Mill* beispielsweise können wir folgern: Gerade so unzulässig es ist, Subject und Prädicat des hypothetischen Urtheils auseinander zu reißen und darin ein Haupt- und ein Nebenurtheil

zu finden, gerade so unzulässig ist die gleiche Operation beim bedingten Geschäft. Gerade wie wir dort durch die Zerreißung scheinbar zwei Urtheile bekommen, von denen aber in Wahrheit weder das eine, noch das andere behauptet ist, gerade so bekommen wir hier nur den Schein von zwei Willenserklärungen, von denen aber in Wahrheit weder die eine, noch die andere gewollt ist.

Nach Sigwart können wir deduciren: Gerade wie man Urtheil nur eine Aussage nennt, die gültig sein will, gerade so nennt man Bestimmung eines Rechtsgeschäftes nur das, was gewollt wird. Und gerade so ungenau es ist, in einem Conditionalsatz von einer Verknüpfung von Urtheilen zu reden, gerade so ungenau ist es, in der bedingten Willenserklärung von einer Verknüpfung von zwei Willensbestimmungen (einer Haupt- und einer Nebenbestimmung) zu sprechen.

Hierdurch wird auch Windscheid's[1]) Einwand „Muß denn unter Nebenbestimmung einer Willenserklärung nothwendiger Weise ein für sich bestehender Theil derselben verstanden werden?" abgeschnitten. Es mag hier ununtersucht bleiben, ob die Nebenbestimmung ein in jedem Sinne für sich bestehender Theil sein müsse (darüber später beim dies); aber es kann jedenfalls das nicht für eine Nebenbestimmung gehalten werden, was mit der vermeintlichen Hauptbestimmung so untrennbar verbunden ist, daß eine Loslösung den vermeintlichen Hauptgedanken völlig verändern eine Hauptbestimmung zurücklassen würde, die in der That nicht gewollt ist. Das absolut Einheitliche darf nicht durch Scheidung in Haupt- und Nebenbestimmung in zwei Stücke gerissen werden. Dies bei der Bedingung zu thun, wäre nicht richtiger, als etwa die Erklärung „ich will nicht kaufen" in die Hauptbestimmung „ich will kaufen" und die Nebenbestimmung „nicht" zu zerlegen.

---

1) Pand. § 86. Anm. 4.

Doch nicht nur die Bezeichnung der Bedingung als Nebenbestimmung erweist sich nach unsrer Auffassung des bedingten Rechtsgeschäftes als unzulässig; auch ihre Characterisierung als Selbstbeschränkung des Willens fällt zusammen. Auch sie beruht schließlich auf dem Gedanken an einen Hauptwillen und einen besonderen hinzutretenden Beschränkungswillen. Auch sie trennt das Einheitliche. Auch sie kann, indem sie ein nicht abtrennbares Stück der Willensäußerung mit einem besondern Namen, der doch ein juristischer terminus technicus sein soll, belegt, eine Quelle von Irrthümern werden.

Die Bezeichnung der Bedingung als Selbstbeschränkung würde also selbst dann zu verwerfen sein, wenn wirklich der Willensinhalt beim bedingten Rechtsgeschäft weniger umfassend wäre als beim unbedingten. Aber selbst das ist nicht zuzugeben. Der Unterschied ist nicht ein quantitativer, sondern ein qualitativer. Sage ich: „wenn Titius Consul wird, sollst Du hundert haben," so will ich nicht weniger, sondern etwas Anderes, als wenn ich sage „Du sollst 100 haben."

Es erscheint unnöthig auf andere Characterisierungen der Bedingung [1]) im einzelnen einzugehen, denn aus dem Gesagten erhellt zur Genüge, daß es wegen der juristischen und logischen Einheit der bedingten Willenserklärung überhaupt fehlerhaft ist, die Bedingung als Theil des Rechtsgeschäftes (im Gegensatz zur Bedingung als Ereigniß) characterisieren oder definiren zu wollen [2]).

---

[1]) Scheurl bezeichnet die Bedingung zwar als Nebenbestimmung, verbindet aber mit dieser Bezeichnung einen neuen zum Zweck der Subsumirung von Bedingung, Zeitbestimmung und Modus eigens construirten Begriff.

[2]) Die von Windscheid § 86. Anm. 3 angedeutete Schwierigkeit ist also eine Unmöglichkeit. Durch den Versuch der Definition der Bedingung als Theiles der Willenserklärung hat man die Trennung des Untrennbaren vollzogen, und dieser Fehler kann durch die Fassung der Definition nicht



Definiren soll man nur die bedingte Willenserklärung als Ganzes (darüber vergl. §. 21) oder die Bedingung als Ereigniß:

„Bedingung ist ein für menschliches Wissen ungewisser, daher regelmäßig zukünftiger Umstand, von dessen Eintritt eine Rechtswirkung durch den Parteiwillen abhängig gemacht ist.“

Die Resultate dieses Paragraphen stehen in innigster Correspondenz mit unseren früheren Erörterungen über die Abgrenzung der Bedingung. Wenn beim bedingtem Rechtsgeschäft die Abhängigkeit der Rechtswirkung von dem Eintritt der Bedingung gewollt ist, so ist es angemessen, nur da von einer eigentlichen Bedingung zu sprechen, wo ein Zustand der Abhängigkeit wirklich, und zwar durch den Willen der Parteien, erreicht wird, wo also ein Schwebezustand eintritt, der in dem bedingten Geschäft seinen Grund hat. Darin aber gipfelten die früheren Untersuchungen. Wir gelangten also auf verschiedenen Wegen zu derselben Erkenntniß.

§. 20. b) Die Beweislast.

Die Frage, wer zu beweisen habe, wenn der Kläger ein unbedingtes Geschäft behauptet, der Beklagte dem entgegenstellt, es sei unter einer Bedingung contrahirt, ist durch die Erörterungen des vorhergehenden §. unmittelbar entschieden. Indem der Beklagte das Contrahiren unter Bedingung behauptet, sagt er, es sei nicht

---

wieder ausgeglichen werden. Grammatisch kann man allerdings den Conditionalsatz definiren als den Nebensatz, aus dem hervorgeht, daß u. s. w. Doch erhellt klar genug, daß diese grammatische Definition nicht allein juristisch völlig werthlos sein, sondern auch den juristischen Bedingungsbegriff nicht decken würde; kann doch die Bedingung in vielerlei anderer Weise ausgedrückt, ja bisweilen sogar stillschweigend erklärt werden. (Vermuthete Bedingungen vgl. Enneccerus, Ueber Begriff und Wirkung u. s. w. S. 130. Anm. 198.) Dennoch bezeichnen wir nicht selten den Conditionalsatz „Wenn Titius Consul wird“ als Bedingung. Auch will ich nicht gegen diesen Sprachgebrauch, sondern nur gegen die Verkennung des Wesens der Sache kämpfen.

die Rechtswirkung sondern die Abhängigkeit der Rechtswirkung von der Bedingung gewollt. Damit ist aber der Abschluß des vom Kläger behaupteten Geschäftes geleugnet und nur der Abschluß eines wesentlich verschiedenen (bedingten) Geschäftes zugestanden. Den Kläger trifft also die Beweislast. Besonders anschaulich wirkt auch hier eine Vergleichung mit dem hypothetischen Urtheil. Wer gesagt hat: „Wenn der Koran von Gott kommt, ist Mohammed der Prophet Gottes," kann mit vollem Rechte leugnen, daß er gesagt habe, „Mohammed sei der Prophet Gottes." Er hat etwas davon völlig verschiedenes behauptet, nämlich daß sich die (vorgestellte aber nicht behauptete) göttliche Herkunft des Koran und die (ebenfalls nicht behauptete) Eigenschaft Mohammeds als eines Propheten Gottes wie Grund und Folge verhalten.

3) Das bedingte Rechtsgeschäft.

§. 21.

Die höchst bestrittene Frage [1]), ob das „bedingte Geschäft" wirklich bedingt, d. h. in seiner Existenz von dem Eintritt der Bedingung abhängig sei, löst sich auf in die Frage, ob die Erfordernisse des Rechtsgeschäftsbegriffs sich im bedingten Geschäft in jedem Falle vorfinden, oder ob eines dieser Erfordernisse nur beim Eintritt der Bedingung vorhanden sei. Meines Erachtens ist das Letztere der Fall. Wie wir oben (§. 13) gesehen haben, erfordert der Geschäftsbegriff, daß die gewollte Rechtswirkung eintrete. Dies trifft beim bedingten Rechtsgeschäft unzweifelhaft zu bei eintretender Bedingung; denn hier wird die (als abhängige) gewollte Rechtswirkung durch die Rechtsordnung wirklich herbeigeführt.

Anders aber liegt die Sache pendente und deficiente condicione. Während Schwebens der Bedingung treten allerdings schon

---

[1]) Eine Uebersicht der verschiedenen Ansichten über diesen und den im vorhergehenden § besprochenen Punkt giebt Windscheid I. § 86. Anm. 3 a.

gewisse Rechtswirkungen ein, z. B. das Cautionsrecht, die Pflicht des bedingt Verpflichteten den Eintritt der Bedingung nicht dolos zu hindern, die Aufhebung des älteren Testamentes durch das neuere mit bedingter Einsetzung [1]). Aber diese Folgen sind nicht gewollt, das Gesetz knüpft sie zwar an das bedingte Rechtsgeschäft, aber sie sind nicht Inhalt des Willens [2]). Gewollt ist nur die Abhängigkeit, d. h. also für die Zeit des Schwebens der Bedingung ein Stadium der Ungewißheit, welches noch nicht die Sicherheit gegenwärtiger oder zukünftiger Rechtsentstehung, Aufhebung oder Veränderung giebt.

Daß endlich die gewollte Abhängigkeit keine Rechtswirkung sei, wenn die Bedingung ausfällt, wird kaum der Erörterung bedürfen. Die Abhängigkeit zeigt sich hier ja eben darin, daß kein Recht entsteht, aufgehoben oder verändert wird.

Ziehen wir das Resultat: Nicht der Wille ist von der Bedingung abhängig, sondern die rechtliche Bedeutung des Gewollten. Das Gewollte ist nur, wenn die Bedingung eintritt, eine Rechtswirkung [3]), sonst ist es für das Auge des Rechtes ein Nichts, und

---

1) L. 16. D. de injusto, rupto, irrito facto testamento (28. 3).

2) Bezüglich des Cautionsrechtes ist dies unzweifelhaft, auch die positive Natur der zweiten Folge wird wohl von Niemand verkannt. Aber auch die Aufhebung des ersten Testamentes ist nicht Inhalt des bedingten Erbeinsetzungswillens. Kann doch umgekehrt mit dem bedingten Erbeinsetzungswillen sehr wohl der Wille verbunden sein, daß deficiente condicione das alte Testament bestehen bleiben soll. Nur wird freilich dieser letztere Wille eben wegen der positiven Natur der Bestimmung über die Ruption der Testamente vom Civilrecht nicht respectirt.

3) Es bietet sich hier ein lohnender Rückblick auf die Erörterungen des vorigen Paragraphen; es zeigt sich, wie der Irrthum, der Wille sei bedingt, überaus leicht entstehen kann und entstanden ist. So lange der im Text ausgeführte Gedanke „das Gewollte ist nur im Fall eintretender Bedingung eine Rechtswirkung“, nicht in seiner ganzen Schärfe erkannt ist, findet er den zwar nicht geradezu unrichtigen, aber zweideutigen Ausdruck: „Nur, wenn die Be-

deshalb sagen wir mit Recht: die Existenz eines **Rechtsgeschäftes** ist von dem Eintritt der Bedingung abhängig [1]). Dieses Resultat wird von den Quellen in der eclatantesten Weise bestätigt, indem sie in den verschiedensten Wendungen ausführen, daß beim Ausfall der Bedingung kein Rechtsgeschäft vorhanden sei. Bei der Bekanntheit der Sache genügt es einige der schlagendsten Stellen anzuführen.

---

dingung eintritt, ist eine Rechtswirkung gewollt". Dieser Satz wird dann leicht aber fälschlich verkürzt in den Satz: „Es ist nur, falls die Bedingung eintritt, gewollt" oder „für den Fall der eintretenden Bedingung gewollt", „der Wille ist bedingt". Der Fehler liegt darin, daß man ohne Weiteres annimmt, da keine Rechtswirkung gewollt sei, sei überhaupt nicht gewollt, während in Wahrheit auch dann (also deficiente condicione) es in Ewigkeit wahr bleibt, daß gewollt ist und zwar unbedingt, aber allerdings etwas, was nur bei eintretender Bedingung eine Rechtswirkung gewesen sein würde. Auch den Einwand fürchte ich nicht, daß es für den Juristen einerlei sei, ob (deficiente condicione) nicht gewollt oder ob gewollt sei, aber etwas, was keine Rechtswirkung sei. Bei einer Untersuchung über das Wesen des Willens beim bedingten Rechtsgeschäft, kann man eine unrichtige Ansicht nie damit rechtfertigen, daß sie vielleicht (?) keine irrigen practischen Consequenzen nach sich zieht.

[1]) **Windscheid** stützt seine entgegengesetzte Meinung auf folgende zwei Behauptungen: 1) Das bedingte Rechtsgeschäft existiert jedenfalls factisch und 2) auch rechtliche Anerkennung und rechtliche Wirksamkeit fehlt ihm nicht, wenn es gleich die gewollte rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt hat. Allein Nr. 1 ist nicht correct; denn von **factischer** Existenz eines **Rechtsgeschäftes** darf man streng genommen nicht sprechen. Meint **Windscheid** nur die factische Existenz einer Willenserklärung, so ist seine Behauptung allerdings richtig, aber unbeweisend; meint **Windscheid** aber die factische Existenz einer auf eine **Rechtswirkung** gerichteten Willenserklärung, so ist seine Behauptung unrichtig, weil die Willenserklärung auf etwas gerichtet ist, was nur beim Eintritt der Bedingung eine Rechtswirkung ist.

Was Nr. 2 betrifft, so habe ich schon oben darauf hingewiesen, daß die pendente condicione eintretenden Wirkungen nicht gewollt sind, was übrigens **Windscheid** selbst zugiebt. Diese Folgen sind also für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft vorliege, irrelevant.

L. 8. pr. D. de peric. et comm. (18. 6). Quodsi sub condicione res venierit, *si quidem defecerit condicio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio.*

L. 37. D. de contr. emt. . . . . . similis erit sub condicione factae venditioni, quae *nulla est, si condicio defecerit.*

L. 19. D. de hereditate vel actione vendita (18. 4). Multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat, an, quum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. Priore casu *deficiente condicione nullam esse venditionem* . . . . .

L. 2. § 2. D. pro emtore (41. 4). Si sub condicione emtio facta sit, pendente condicione emtor usu non capit; idemque est, et *si putet condicionem extitisse, quae nondum extitit; similis enim est ei qui putat se emisse.*

§ 1. J. de emt. vend. (3. 23) . . . . si inter aliquos ita convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emta . . . . *dubitabatur, sive constat venditio sive non.* Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quoties sic composita sit venditio: quanti ille aestimaverit, *sub hac condicione staret contractus* . . . . Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc *pro nihilo esse* venditionem . . . . . .

L. 4. § 5. D. de in diem addict. (18. 2). Quum . . . . *emtio non impleatur,* ubi sub condicione fit, quum melior conditio sit allata, ...

Wir haben oben (§. 13) gesehen, daß und weshalb bei Testamenten in so fern eine abweichende Terminologie Platz greift, als nicht jedes wirkungslose Testament als nullum bezeichnet wird, sondern nur dasjenige, dessen Wirkungslosigkeit schon zur Zeit der Errichtung feststand. Dementsprechend wird auch das Testament, dessen einzige Erbeseinsetzung durch Ausfall der Bedingung hinfällig wird, nicht nullum genannt, ohne daß aus diesem terminologischen

Unterschiede auf einen sachlichen zu schließen wäre [1]). Nur eine Rechtsregel scheint mit der besprochenen Terminologie Hand in Hand zu gehen. Ein älteres Testament wird durch ein neueres aufgehoben, mag das letztere auch selber durch spätere Umstände z. B. durch Ausschlagung oder Tod des Testamentserben, Deficienz der Bedingung, Agnation von Notherben wirkungslos werden. Die Aufhebung des älteren Testamentes tritt stets ein, wenn das zweite jure perfectum ist, d. h. wenn es nur möglich ist, daß aus demselben ein Erbe erstehe.

Gaj. II. § 144. Posteriore quoque testamento, quod jure factum fuerit, superius rumpitur; nec interest, an extiterit ex eo heres, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit.

Es würde indessen oberflächlich sein, wollte man in jener Terminologie wirklich den Grund für diese Rechtsregel sehen. Der wahre Grund derselben liegt darin, daß dem Testator die Möglichkeit gegeben sein muß, das ältere Testament definitiv und unzweifelhaft aufzuheben, ohne daß die Aufhebung an die Schicksale des neuen Testamentes geknüpft ist. Nur die Ausdrucksform dieser Regel „Ein Testament wird durch jedes testamentum jure perfectum aufgehoben“ ist eine Folge der besprochenen Terminologie.

Der durch innere und äußere Gründe gestützte Satz, daß die Existenz des Geschäftes vom Eintritt der Bedingung abhänge, darf selbstverständlich nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte angewandt werden, in denen alle Willenserklärungen bedingt sind. Enthält ein Rechtsgeschäft bedingte und unbedingte Erklärungen dergestalt, daß die

---

1) Dies ist schon im § 13 ausgeführt. Auch die ganz singuläre Unterscheidung zwischen „quae pro non scriptis habentur“ und „caduca“ hieng mit dem erwähnten terminologischen Unterschiede zwischen testamentum nullum bezw. destitutum, ruptum etc. nicht zusammen; denn wenn das Testament rumpirt, destituirt u. s. w. wurde, war die Erbschaft nicht caduc, sondern es trat Intestaterbfolge ein Gaj. II. § 144.



letzteren auch beim Ausfall der Bedingung in Kraft treten sollen, so ist selbstverständlich das Rechtsgeschäft ein unbedingtes, wie denn z. B. die emtio spei, ferner Versicherungsverträge u. s. w. von jeher als unbedingte Geschäfte bezeichnet worden sind. Dagegen ist nichts gegen den Ausdruck bedingtes Geschäft einzuwenden, wenn im Geschäft verschiedene Wirkungen unter entgegengesetzten Bedingungen verabredet sind, z. B. eine Sache wird unter entgegengesetzten Bedingungen verkauft oder vermiethet. Streng genommen liegen freilich alsdann zwei bedingte Geschäfte unter entgegengesetzten Bedingungen vor.

II. Begriff des Anfangstermins und dessen Verhältniß zur Bedingung.

1) Practisches Verhältniß von Bedingung und Anfangstermin.

§. 22.

Enthält die Bedingung einen dies? oder mit anderen Worten: Will derjenige der eine Rechtswirkung von einem ungewissen daher regelmäßig zukünftigen Umstande abhängig machen will, auch zeitlich die Wirkung an jenen Umstand knüpfen? Die Frage ist ebenso oft bejaht als verneint [1]). Von Beweisen ist nur Weniges beigebracht, und dieser Mangel hat dann weiter die Lehre von der Wirkung der Bedingung geschädigt, indem die Einen wegen des in der Bedingung enthaltenen dies die Rückziehung der Bedingung leugneten, die Andern dieselbe wegen des vermuthlichen Willens

---

[1]) Die sorgfältigen in Jedermann's Hand befindlichen Litteraturnachweisungen bei Windscheid § 91. Anm. 1 machen eine Aufzählung der verschiedenen Ansichten unnöthig. Die meiste Förderung für meine Untersuchung dieser Frage danke ich den Abhandlungen Windscheids, Fittings und Schulins.

der Parteien, d. h. also wegen nicht vorhandenen dies annahmen. Wir lassen zunächst diese (wirkliche oder scheinbare) Consequenz ganz aus dem Spiele und sprechen nur von dem Willen der die Bedingung setzenden Parteien.

Man könnte nach unserer Begriffsbestimmung der Bedingung geneigt sein, zu schließen, daß in der Bedingung nothwendig ein dies liegen müsse: Wenn die Abhängigkeit der Wirkung von dem Eintritt der Bedingung gewollt ist, so ist auch gewollt, daß die Rechtswirkung nicht eher eintrete, als mit Existenz der Bedingung: Wenn sich Bedingung und Rechtswirkung wie Grund und Folge verhalten sollen, so ist auch eine dem entsprechende zeitliche Reihenfolge mit Nothwendigkeit mit gewollt; denn die Folge kann nicht früher sein als der Grund, das Abhängige nicht eher eintreten als das, wovon es abhängt. Allein diese sehr bestechende Deduction ist falsch. In der Natur allerdings kann die Folge der Ursache nie vorangehn, es kann niemals etwas früheres von etwas späterem abhängig sein. Aber hier haben wir es nicht mit wirklich existirenden Dingen, sondern mit nur gedachten Rechten zu thun. Ein Recht aber kann als ein von einem zukünftigen ungewissen Ereigniß abhängiges gedacht und folglich auch gewollt werden. In der That kennen die Römer Rechte, deren jetziges Bestehen oder Nichtbestehen ungewiß, weil von einer zukünftigen ungewissen Thatsache abhängig ist, so daß also, wenn diese Thatsache später eintritt, klar wird, daß das fragliche Recht schon früher bestanden hat. Tritt jene Thatsache nicht ein, so wird klar, daß das Recht niemals bestand. Wir nennen solche Rechte in Uebereinstimmung mit den Quellen pendente oder schwebende Rechte. Existenz, Grund und Natur dieser Erscheinung ist später genauer zu besprechen. Vor der Hand genügt bei einer, wenigstens was das Vorhandensein betrifft, so klar bewiesenen [1]) und fast allgemein anerkannten Thatsache die

[1]) Fitting, über den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856.



Hinweisung auf einige besonders klar redende Quellenaussprüche. L. 43. § 2. D. de acqu. rer. dom. (41. 1). L. 25. § 1. L. 12 § 5. D. de usufr. (7. 1). L. 86. § 2. D. de leg. I. (30).

Nach dem Gesagten ist es unzweifelhaft denkbar, daß der Wille der ein bedingtes Rechtsgeschäft abschließenden Parteien darauf gerichtet wäre, sofort einen solchen Schwebezustand hervorzurufen, d. h. also ein zwar von dem Eintritt der Bedingung abhängiges, aber, falls die Bedingung eintreten sollte, schon vom Geschäftsschluß an vorhandenes Recht zu begründen; und in der That lassen sich auch, wenn gleich seltene, Beispiele im Verkehrsleben finden, wo diese Absicht unleugbar vorhanden ist. Ich zahle Jemandem 100 aus unter der Bestimmung, dies solle, falls A. das gutheißen werde [1]), eine Zahlung der Schuld des A. an den Empfänger, im anderen Falle aber ein mit 4% vom Tage des Empfanges an verzinsliches Darlehen sein. Hier ist die Absicht der Parteien offenbar, ein Geschäft mit sofortiger Wirkung zu contrahiren, nur das soll von der Genehmigung des A. abhängen, ob diese sofortige Wirkung eine Liberirung des A. oder eine Obligirung des Empfängers sein solle. Daher sind selbstverständlich, wenn der A. genehmigt, von dessen verzinslicher Schuld Zinsen nur bis zum Tage der Zahlung und nicht etwa der Genehmigung zu berechnen [2]), und im umgekehrten Fall laufen die Darlehnszinsen vom Tage Hingabe.

Solche Beispiele lassen sich leicht vermehren. Ich kaufe ein Haus unter einer und miethe es unter entgegengesetzter Bedingung und zwar so, daß es sofort übergeben werden soll. Hier sollen

---

1) Es ist dies keine condicio juris, denn die Wirkung der Zahlung, also die Befreiung des A., ist ohne diese Bedingung von der Genehmigung des A. unabhängig.

2) Es ist dies nicht etwa eine Folge der Genehmigung als solcher. Vergl. die vorhergehende Note.

nicht nur die obligatorischen, sondern nach der vermuthlichen Absicht selbst die dinglichen Verhältnisse in der Schwebe sein.

Nach dem Gesagten liegt es nicht im Begriffe der Bedingung, daß die Wirkung des Geschäftes auch temporär auf den Eintritt der Bedingung verschoben sein soll. Wo wir dieser Absicht in dem bedingten Geschäft begegnen, haben wir es daher nicht nur mit einer Bedingung, sondern außerdem mit einem dies zu thun. Dies Verhältniß aber ist das regelmäßige. Es ist, wenn gleich nicht nothwendig, doch das Natürlichste, das Abhängige nicht vor demjenigen zu wollen, von dem es abhängig sein soll. Das Gegentheil ist so künstlich und der nächstliegenden Anschauungsweise entgegengesetzt, daß wir sagen dürfen: Die Bedingung enthält in dubio einen dies. Sage ich: wenn das und das eintritt, sollst Du 1000 haben, oder sollst Du Eigenthümer dieses Hauses sein, so heißt das einmal: Du sollst die 1000 nur haben, falls das und das eintritt, und andererseits: Du sollst die 1000 nicht eher haben, als bis das und das eintritt.

Diese Absicht ist nicht nur die natürlichste, sondern auch die zweckmäßigste. Es ist im allgemeinen unzweckmäßig sofort wirksame, aber noch ungewisse Rechtsverhältnisse zu schaffen, denn die gewollte sofortige Wirksamkeit wird für die Zwischenzeit in ihren wichtigsten Folgen doch durch die Ungewißheit vereitelt. Gerade deshalb mußten wir, um practische Fälle einer Bedingung ohne dies zu finden, Doppelrechtsgeschäfte unter entgegengesetzten Bedingungen bilden, welche eine oder mehrere Folgen (Eigenthumsübergang des Geldes, Uebergabe des Hauses) gemeinsam hatten, so daß also diese Folgen als sofortige und auch sofort äußerlich hervortretende gewollt werden konnten [1]). Unsre Ausführungen werden durch die Quellen in der allerunzweideutigsten Weise bestätigt.

---

[1]) Auf diese Doppelrechtsgeschäfte hat als für unsre Frage bedeutsam namentlich Schulin, über Resolutivbedingungen und Endtermine S. 2 u. 3 hingewiesen.

L. 22. pr. D. quando dies (36. 2) Pomponius. Si Titio, 'cum is annorum quattuordecim esset factus', legatum fuerit et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est ad heredem ejus legatum non transire, quoniam *non solum diem sed et condicionem hoc legatum in se continet 'si effectus esset annorum quattuordecim'*, qui autem in rerum natura non esset, annorum quattuordecim esse non intellegeretur, *nec interest, utrum scribatur 'si annorum quattuordecim factus erit' an ita, cum priore scriptura per condicionem tempus demonstratur, sequenti per tempus condicio,* utrubique tamen eadem condicio est.

Ich wüßte nicht, wie es noch klarer und deutlicher gesagt werden könnte, daß in einer derartigen Verfügung neben der Bedingung ein dies, oder umgekehrt neben dem dies eine Bedingung enthalten sei; die letzten Worte „utrubique tamen eadem condicio est“ sind durchaus nicht geeignet diesen klaren Inhalt der Stelle zweifelhaft zu machen; denn sie wollen nur besagen, daß in beiden Fällen dieselbe Bestimmung (condicio in nicht technischem Sinne) vorliege.

L 54. pr. D. ht. (35. 1) Javolenus. Si quis *legata, quibus dies adposita non esset, annua, bima, trima die dari jussit* et alicui, cum pubes esset, pecuniam legavit, id quoque legatum annua, bima, trima die post pubertatem praestandum esse in commentariis Gaji scriptum est, quia magis condicio quam dies legato adjecta esset. contra ego sentio, *quia fere dies ponitur ad proroganda ea quae ad praesens tempus, non etiam, quae in futurum legata sunt, diesque pubertatis habet aliquam temporis demonstrationem.*

Dieses Fragment ist in doppelter Beziehung für uns werthvoll: einmal weil es unseren Beweissatz direct ausspricht, 'habet aliquam temporis demonstrationem', andererseits auch wegen der practi-

schen Entscheidung, nach welcher das bedingte Legat zu den befristeten und nicht zu den unbefristeten zu rechnen ist. Unbegreiflich erscheint es übrigens, wie Sell, Versuche II. S. 15. Anm. 3. in unserer Stelle einen Widerspruch mit L. 49. § 1. D. de leg. I. hat finden können, da letzteres Fragment offensichtlich den Fall behandelt, wo das annua, bima, trima die ausdrücklich gerade auf das bedingte Legat bezogen ist [1]), während es sich in unserer Stelle nur auf die unbefristeten Legate bezieht, zu denen das bedingte, eben weil es zugleich befristet ist, nicht gehört.

Ebenso schlagend ist der Ausspruch des Paulus in L. 8. D. de V. O., über welche Stelle später genauer zu sprechen ist.

Es würde jede innere Berechtigung fehlen, wollte man die Beweiskraft dieser Stellen auf diejenigen Bedingungen beschränken, deren Eintritt nur an einem bestimmten Tage erfolgen kann. Zudem wird auch für andere Bedingungen durch L. 45. § 3. D. de V. O. (45. 1) einiger Beweis erbracht.

Ulpianus. Non solum ita stipulari possumus: 'cum morieris', sed etiam: 'si morieris': nam sicuti inter haec nihil interest 'cum veneris' aut 'si veneris', ita nec ibi interest 'si morieris' et 'cum morieris'.

Daß die Stipulation '*cum* veneris' (neben der Bedingung) eine Befristung enthält, geht schon aus dem Wortlaut hervor, also auch die Stipulation 'si veneris', welche als völlig gleichbedeutend bezeichnet wird.

Noch schlagender wird die Stelle, wenn wir uns den Gedankengang des Ulpian etwas genauer vergegenwärtigen. Derselbe stellt die Behauptung auf, 'cum' und 'si morieris' sei gleichbedeutend, und zieht zum Beweise die als bekannt vorausgesetzte Regel, daß

---

1) Ergo cum esset sic relictum: 'cum ad quartum decimum annum pervenisset, annua, bima, trima die', et decem et septem annorum mortis tempore inveniatur, praesens legatum erit.



'cum' und 'si veneris' gleichbedeutend sei, herbei. Er hat dabei wohl Aussprüche im Sinne wie den des Pomponius in L. 22. pr. D. cit. (36. 2) oder des Paulus in L. 8. D. de V. O. (45. 1) 'per condicionem tempus demonstratur, per tempus condicio'; 'obligatio sub condicione et in diem collata est'.

Sein Schluß ist also folgender: Wie bei einem ungewissen Ereigniß (Deine Ankunft) 'cum' und 'si' gleichbedeutend ist (nämlich einen dies und eine condicio enthält), so ist auch bei einem gewissen Ereigniß (Dein Tod) 'cum' und 'si' gleichbedeutend (enthält nämlich nur einen dies, da von einer condicio wegen der Gewißheit des Todes nicht die Rede sein kann). Man erkennt sofort, daß der Schluß ganz unberechtigt wäre, wenn die Bedingung keinen dies enthielte. Dann wäre nämlich 'cum und si veneris' auf der einen und 'cum und si morieris' auf der anderen Seite ganz verschieden, und ein Schluß von dem Einen auf das Andere würde ganz unzulässig sein.

Es fragt sich: Können wir nicht auch aus den Wirkungen bedingter Rechtsgeschäfte auf das Vorhandensein eines dies schließen? Im Allgemeinen scheitert dieser Versuch daran, daß eingewandt werden könnte, die betreffenden Wirkungen (wenn sie auch noch so genau mit dem dies übereinstimmen) seien doch nicht Wirkungen des dies, sondern der Bedingung, d. h. der Ungewißheit.

Aber mitunter ist dieser Einwand unmöglich, indem alle Wirkung der Bedingung aufhört, der in der Bedingung enthaltene dies aber trotzdem fortwirkt. Deshalb sind diese Fälle ganz besonders beweisend.

1) Es kommt nicht selten vor, daß bei einer wahren Bedingung schon vor deren Eintritt die Ungewißheit beseitigt wird, indem durch irgend eine Veränderung der Umstände der anfänglich ungewisse zur Bedingung gesetzte Umstand sich in einen zwar noch zukünftigen, aber gewissen verwandelt. So wird z. B. die Bedingung, wenn der A. ohne eheliche leibliche Descendenz verstirbt, in dem Moment

zu einer nothwendigen, in welchem der noch nicht verheirathete A. aus irgend einem Grunde dauernd zeugungsunfähig wird. Wäre hier lediglich eine Bedingung mit der ihr eigenthümlichen Wirkung, der Ungewißheit, vorhanden, so müßte das Geschäft, da die Ungewißheit nun beseitigt ist, sofort vollwirksam sein. Niemand aber wird bezweifeln, daß der A., wenn er unter dieser Bedingung versprochen hat, keinenfalls vor seinem Tode zu zahlen braucht. In dem „Wenn ich ohne Kinder zu hinterlassen sterbe," liegt zugleich ein: „Nicht eher, als bis ich sterbe." Auch hierfür mangelt es nicht an Quellen:

L. 8. D. de V. O. (45. 1) Paulus. In illa stipulatione: *si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?* mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus, Proculus *exspectandum diem actori putant,* quod est verius: *tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest.*

Die Stelle besagt nicht nur ausdrücklich, daß die Bedingung einen dies enthalte (obligatio sub condicione et in diem collata est), sondern sie macht daraus die practische Folgerung, daß, auch wenn die Bedingung durch Beseitigung der Ungewißheit gehoben sei, doch der dies noch fortwirke (dies tamen superest), und in Folge dessen nicht vor den Kalenden geklagt werden könne [1]).

Aehnliche Fälle werden in L. 4. § 1. u. L. 36. § 1 D. de cond. (35. 1) besprochen. In der ersteren wird freilich ein besonderes Gewicht auf das „tum" gelegt, allein die letztere zeigt, daß auch ohne das „tum" nicht anders entschieden werden darf. Das tum ist nur eine weitere Bestätigung des ohnehin anzunehmenden Vorhandenseins eines dies.

---

1) Der hier nicht berücksichtigte Schluß der Stelle ist später zu besprechen.

Pomponius. Si ita scriptum sit: '*si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem Sejae heres dato*', si Titius ante mortuus sit, non statim Sejae decem deberi, quia hic articulus „tum" extremi quinquennii tempus significat.

L. 36. § 1. ht. Marcellus. Titia codicillis de pradiis, quae testamento Septiciae reliquerat, ita cavit: 'a te peto, Septicia, ut filio meo, cum annorum sedecim esset, eadem praedia restitueres: quod *si filius meus sedecim annos non impleverit, peto uti reddas* (nach Mommsen ist statt dessen zu lesen ut praedia) *restituas Publio Maevio et Gajo Cornelio*'. quaero, cum Septicia decesserit, deinde filius quintum decimum annum agens defunctus sit, an repraesentetur fideicomminum quinto decimo anno (nach Mommsen ist einzuschieben non) impleto et heredes Septiciae restituere id P. M. et G. C. debeant. Marcellus respondit: . . . . *videri contra voluntatem testatricis repraesentationem fideicommissi desiderari* . . . .

2) Wenn eine zum Vortheil eines Dritten gesetzte Bedingung unmöglich wird, nachdem der bedingt Berechtigte, was an ihm liegt, zur Erfüllung gethan hat, gilt die Bedingung bei letztwilligen Verfügungen dem vermuthlichen Willen des Testators gemäß als erfüllt [1]). Auch hier kann nun der in der Bedingung liegende dies klar hervortreten, nämlich wenn er, trotzdem die Bedingung als erfüllt gilt, noch nicht eingetreten ist.

L. 18. § 2. D. de alim. leg. (34. 1). Ab heredibus Stichum manumitti voluit eique, si cum Sejo moraretur, cibaria et vestiaria praestari a Sejo: deinde haec verba adjecit:

---

[1]) In dieser Beschränkung ist die Regel nahezu unbestritten. Ausdehnungen derselben sollen nicht geleugnet werden, sondern sind nur als für unsere Frage irrelevant unberücksichtigt gelassen.

'te autem, Sei, peto, ut, cum ad annum vicesimum quintum perveneris, militiam ei compares, si tamen te ante non reliquerit'. quaesitum est, Sticho statim libertatem consecuto, prius autem defuncto Sejo, quam ad annum vicesimum quintum perveniret, an ab his, ad quos bona Seji pervenerunt, militia Sticho comparari debet? et si placet deberi, *utrum statim militia comparanda sit an eo tempore, quo Sejus annum vicesimum quintum expleturus fuisset, si supervixisset?* respondit, cum placeat *comparandum, non ante deberi, quam id tempus cessisset.*

Mit anderen Worten: Wer sagt „Wenn Stichus bei Sejus bis zu dessen 25. Jahre bleibt, so soll Sejus dem Stichus das und das leisten" denkt in dieser Bedingung zugleich den dies, daß nicht vor der Zeit, wo Sejus jenes Alter erreicht (oder erreichen würde, wenn er noch lebte) geleistet werden soll; dieser dies aber wirkt fort, obgleich die Bedingung wegen des eingetretenen Todes des Sejus als erfüllt gilt.

3) Wenn derjenige, der durch den Eintritt der Bedingung verpflichtet wird oder ein Recht verlieren würde, den Eintritt derselben absichtlich und der Intention der Parteien (des Testators) zuwider hindert, so gilt die Bedingung als erfüllt [1]). Auch hier aber kann, sofern der Eintritt der Bedingung auch ohne jene Verhinderung nicht jetzt schon, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkte bevorstand, der in der Bedingung liegende dies trotz jener Fiction der Erfüllung der Bedingung seine Wirkung noch äußern. Auch hier fehlt

---

[1]) Quellen und Litteratur bei Windscheid § 92. Anm. 10. Die gewöhnliche Formulirung, welche Dolus oder Unredlichkeit verlangt, ist zu eng oder wenigstens misverständlich. Die fragliche Handlung oder Unterlassung braucht nicht zu dem Zwecke, den Eintritt der Bedingung zu vereiteln, vorgenommen sein. Vergl. auch die Entscheidung des Reichsgerichts, Seuffert's Arch. XVI. 179.

es nicht an einer Quellenstelle. In L. 20. § 5. i. f. D. de statuliberis (40. 7) entscheidet Paulus folgenden Fall: Ein Sclav ist testamentarisch unter der Bedingung, daß er dem Erben gewisse Dienste leiste, oder daß er nach Capua gehe, freigelassen. Der Erbe aber weigert die Annahme der Dienste oder hindert ihn an der Antretung des Weges. Der Sclav wird frei, aber nicht sofort, sondern sobald der in der Bedingung liegende dies abgelaufen, d. h. so viel Zeit vergangen ist, daß der Statuliber die Dienste hätte leisten resp. nach Capua hätte gelangen können.

sed et si heres accipere noluerit, *non statim* liber erit, *sed cum tempus transierit*, per quod operarum quantitas consummatur. idem dicendum est, si jussum Capuam ire et liberum esse heres prohibeat ire: *tunc enim erit liber, cum pervenire Capuam potuisset: inesse enim videtur tempus tam operarum praestationi quam itineri.*

Obgleich anscheinend ohne Kenntniß dieser Stelle und der analogen unter 1) und 2) erwähnten Fälle hat der erste Senat des Reichsgerichts denn auch einen juristisch ganz gleich liegenden Fall in gleicher Weise mit sicherem Takte zutreffend entschieden [1]). Die Fälligkeit einer Schuld für von zwei Bauunternehmern gekauftes Bauholz war zur einen Hälfte an die Bedingung geknüpft, daß der Innen- und Außenputz der Häuser vollendet, zur anderen Hälfte, daß die Häuser in die Feuerkasse aufgenommen seien. Es fragte sich, ob durch die Erklärung der beiden Bauunternehmer, nicht weiter bauen zu wollen, ohne Weiteres die Fälligkeit der Schuld herbeigeführt sei [2]). Das Reichsgericht verneinte die Frage und führte aus:

---

1) Entsch. d. R. G. in Civ. S. II. 141; Seuff. Arch. n. F. VI. 102.

2) Daß die Frage in einem Proceß gegen den Bürgen vorkam, ist, weil irrelevant, hier nicht berücksichtigt.

„In jeder aufschiebenden Bedingung liegt im Zweifel eine Befristung (Windscheid, Pand. Bd. I. § 91) .... Es war also zugleich eine Befristung für jede der beiden Hälften mindestens bis dahin gegeben, wo nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die betreffende Bedingung eingetreten sein konnte. Wurde durch eigene Schuld der Hauptschuldner der Eintritt der Bedingung verzögert, so hatte dieselbe nach der Regel der fr. 161 de R. J. (50. 17) dann als eingetreten zu gelten, wenn sie bei ordnungsmäßigem Verhalten der Hauptschuldner eingetreten sein würde."

Nach allen diesen Beweisen glaube ich den Satz als feststehend betrachten zu dürfen:

In der Suspensivbedingung liegt im Zweifel eine Befristung; eine andere Absicht ist nur dann anzunehmen, wenn besondre Anzeichen für dieselbe vorhanden sind.

Wann solche besondere Anzeichen vorliegen, ist quaestio facti. Nur einige Hauptfälle können hervorgehoben werden.

a. Zunächst gehören hierher die schon oben erwähnten Doppelrechtsgeschäfte unter entgegengesetzten Bedingungen, sofern dieselben in der Absicht vorgenommen werden, gewisse beiden Geschäften gemeinsame Folgen alsbald hervorzurufen. In Bezug auf andre Rechtsfolgen dieser Geschäfte kann aber natürlich gleichwohl ein dies vorliegen, wie ja oft genug ein Geschäft befristete und unbefristete Rechtswirkungen mit einander verbindet.

b. Ist bei einer letztwilligen Verfügung die Nichtvornahme einer Handlung zur Bedingung gesetzt, welche der Bedachte während seiner ganzen Lebensdauer vorzunehmen vermag, so könnte man nach dem Wortlaut allein sehr wohl in dieser Bedingung auch die Befristung finden, daß der Honorirte das Hinterlassene nicht vor seinem Tode erhalten solle. Allein der vermuthlichen Absicht des

Testators widerspricht dies, da ja sonst der Honorirte, dem doch die Wohlthat zugedacht ist, dieselbe nicht mehr genießen könnte. In Wahrheit wollte also der Testator vermuthlich die Wirksamkeit der Verfügung zwar von der Nichtvornahme jener Handlung abhängig machen, aber doch nicht bis zum Tode des Honorirten aufschieben. Streng genommen ist nun freilich dies Beides nicht vereinbar, im practischen Resultat aber wird es erreicht durch die cautio Muciana, welche eben darin ihre innere Begründung findet.

c. Die sog. Resolutivbedingung ist eine dem Geschäft in continenti beigefügte, auf (suspensiv) bedingte Wiederauflösung des Geschäftes gerichtete Nebenwillenserklärung. Die (Suspensiv-) Bedingung dieser Nebenwillenserklärung enthält nach der Absicht der Parteien keinen dies, da dieselben die Wiederauflösung des Geschäftes selbst, nicht nur der Wirkung desselben, beabsichtigen. Das Geschäft soll, falls die Bedingung eintritt, als nicht geschlossen gelten, die Wiederauflösung also auf den Moment des Geschäftsabschlusses zurückgreifen. Die nähere Erörterung liegt außerhalb der Aufgabe dieser Arbeit.

d. Endlich mag hier ein Fall erwähnt werden, in dem die Bedingung zwar einen dies enthalten mag, dieser aber vom Rechte nicht beachtet wird.

Die Erbeseinsetzung sub die certo gilt bekanntlich als unbefristet. Der dies wird gestrichen, weil er dem Erben schaden und Niemandem nützen würde [1]); denn in Frage gestellt soll ja das Erbewerben des Eingesetzten nach der Absicht des Testators durch den dies certus nicht werden und an einem bloßen Aufschub hat Niemand ein Interesse.

Bedingung und dies incertus werden anders behandelt, weil und sofern sie das Erbewerben des Eingesetzten in Frage stellen. Die Bedingung muß eintreten und der Eingesetzte ihren Eintritt

---

[1]) Anders deshalb bei Legaten, weil hier der Onerirte ein Interesse daran hat, nicht vor dem dies leisten zu brauchen.

und den dies incertus erleben. Weiter aber verdient und erfährt der in der Bedingung enthaltene dies auch hier keine Beachtung und das zeigt sich in einem Doppelten:

1) Wenn, nachdem die Bedingung erfüllt ist, der Eingesetzte die Erbschaft antritt, so wird sein Erbschaftserwerb gerade so behandelt, als sei er unbedingt eingesetzt gewesen, m. a. W. die sog. Rückwirkung des Erbschaftserwerbes auf den Tod des Erblassers tritt hier in ganz derselben Weise ein, als sei die Antretung aus einem beliebigen anderen Grunde verzögert.
2) Der bedingt Eingesetzte kann schon vor Eintritt der Bedingung provisorisch den Erbschaftsbesitz gegen Caution erlangen. Gereichte der in der Bedingung liegende dies hier einer bestimmten Person zum Vortheil, wie das bei Legaten und negotia inter vivos der Fall ist, so wäre dieser provisorische Erbschaftsbesitz unbegreiflich, ebenso unbegreiflich, als wenn man etwa dem Gläubiger oder Legatar das Recht geben wollte, schon vor Eintritt der Bedingung gegen Caution die Zahlung der Schuld oder die Entrichtung des Legates zu verlangen.

Betrachten wir zum Schluß noch kurz die uneigentlichen Bedingungen, so kann unsere Frage bei der cond. in praesens vel praet. collata überhaupt nicht aufgeworfen werden. Die nothwendige Bedingung dagegen enthält in der Regel einen dies. Dies ist zunächst in dem Fall, wo der Bedingungsetzende dieselbe für ungewiß hielt, wohl aus den bisherigen Erörterungen ohne weiteres klar. Aber auch wenn er die Nothwendigkeit des Eintritts der Bedingung kannte, wird meistens dasselbe anzunehmen sein und zwar um so mehr, als ja sonst die Hinzufügung keinen rechten Sinn haben würde.

L. 79. pr. D. de cond. (35. 1) Papinianus. 'Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato'. purum legatum est,

quia non condicione sed mora suspenditur, non potest enim condicio non existere.

Hierher gehört auch die L. 13. D. quando dies (36. 2) von Pomponius. Der Gedankengang des Juristen ist folgender: Die dem Legate zugefügte nothwendige Bedingung „sive illud factum fuerit, sive non fuerit" enthält einen dies ähnlich wie die nothwendige Bedingung 'cum morietur heres'. Da aber dieser dies ein dies incertus quando und ungewiß ist, ob der Honorirte ihn erlebt, so wird er als Bedingung „wenn der Honorirte ihn erlebt" behandelt.

Hujusmodi legatum: '*sive illud factum fuerit sive non fuerit, illi do lego*' ad heredem non transit, nisi alter casus vivo legatario exstiterit, quoniam causa, ex qua debeatur, praecedere semper debet. nec, quia certum est alterutrum futurum, omnimodo debebitur: nam tale legatum, 'cum morietur, heres dato', certum est debitum iri et tamen ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat.

Wenn dagegen die nothwendige Bedingung offenbar nur zum Scherz hinzugefügt ist, so wird man berechtigt sein, auch den scheinbar in ihr enthaltenen dies als auf Scherz beruhend zu ignoriren.

L. 8. i. f. D. de V. O. (45. 1) [1] . . . . . tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est, et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: 'si intra kalendas digito coelum non tetigerit', agi protinus potest, haec et Marcellus probat.

Die unmögliche und unsittliche Bedingung, welche bei letztwilligen Verfügungen gestrichen wird, enthält zwar regelmäßig einen

[1] Der Beginn der Stelle ist oben S. 199 besprochen.



dies, derselbe wird aber meistens mit der unmöglichen oder unsittlichen Bedingung in so engem Zusammenhang stehen, daß er mit derselben wegfällt.

L. 72. § 5. D. de cond. (35. 1) 'Maeviae, si non nupserit, fundum cum morietur do lego', potest dici et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti. non idem probatur, si certus dies incertusve *alius* legato fuerit adscriptus.

Was endlich die noch ausdrücklich hinzugefügte condicio juris betrifft, so ist es fast immer gleichgültig, ob wir in derselben einen dies finden oder nicht. Wo es aber ausnahmsweise in Betracht kommen würde, da ist in dubio ein dies wohl nicht anzunehmen. Es liegt vielmehr die Vermuthung näher, daß nur das schon Selbstverständliche noch einmal besonders hervorgehoben werden sollte, ohne die Absicht an diese Hervorhebung noch besondere Folgen zu knüpfen. Daher braucht der unter der gleichen Bedingung, wie sie der Erbeseinsetzung hinzugefügt ist, bedachte Legatar die Erfüllung der Bedingung nicht zu erleben, während wir, von der Annahme ausgehend, daß hierin die Setzung eines dies zu finden wäre, auch zu dem Schlusse kommen müßten, daß dieser dies (als incertus) von dem Vermächtnißnehmer erlebt sein müsse.

L. 21. § 1. D. quando dies leg. (36. 2) Paulus. Si sub condicione, qua te heredem institui, sub ea condicione Titio legatum sit, Pomponius putat perinde hujus legati diem cedere atque si pure relictum esset, quoniam certum esset herede existente debitum iri: neque enim per condicionem heredum fieri incerta legata nec multum interesse tale legatum ab hoc 'si heres erit, dato'.

2) Begriff des Anfangstermins.

§. 23. a) Begrenzung des Begriffs.

I. Da, wie wir gesehen haben, die Bedingung in dubio zugleich einen Anfangstermin enthält, so ist die früher übliche Unterscheidung des dies und der Bedingung, nach welcher der zum dies gesetzte Umstand gewiß sein müsse, während die Ungewißheit das Kriterium der Bedingung bilde, zu verwerfen. Es giebt neben dem dies certus (an) einen wahren dies incertus (an), und diese bekannte Quellenunterscheidung beruht nicht auf einer Verkennung des wahren Wesens des dies. Aus gleichem Grunde ist es umgekehrt nicht genau, zu sagen, der dies incertus (an) sei eine Bedingung. Er enthält eine Bedingung, neben welcher aber der dies von Bedeutung bleibt und beim Eintritt der Bedingung wichtige Folgen nach sich zieht, die nicht eintreten würden, wenn wir es mit einer reinen Bedingung (welche also ausnahmsweise keinen dies enthielte) zu thun hätten.

Auf der andern Seite läßt sich freilich nicht verkennen, daß die Frage, ob eine Bedingung oder nur ein *dies*, also dann immer ein *dies certus* vorliege, eine so hervorragend wichtige ist, daß häufig die Bedingung dem dies, der dann immer als dies certus zu verstehen ist, entgegengesetzt wird.

§ 2. J. de V. O. (3. 15). Omnis stipulatio aut pure *aut in diem aut sub condicione fit*...... id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur etc.

L. 44. pr. D. de O. et A. (44. 7). Obligationum fere quattuor causae sunt: *aut* enim dies in iis est, aut condicio, aut modus, aut accessio.

Den Namen dies schlechthin verdient und erhält eben ganz besonders der reine dies, der nichts weiter ist als dies, mit anderen Worten keine Bedingung enthält. Unter dies ohne weiteren

Zusatz ist daher regelmäßig der dies certus zu verstehen [1]). Dieser Sprachgebrauch ist ebenso unentbehrlich als natürlich und nicht im Geringsten geeignet, an dem oben entwickelten Satze „die Gewißheit des Eintritts ist kein Erforderniß des dies" irre zu machen; denn die Römer verlassen ja diesen Sprachgebrauch, sobald es ihnen auf die von uns besprochene Frage ankommt: „*non solum* diem *sed et* condicionem in se continet," „per condicionem dies demonstratur, per diem condicio," „sub condicione *et* in diem collata est" (vergl. oben § 22).

II. Das Wesen des Anfangstermines besteht darin, daß durch ihn die Wirksamkeit oder volle Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes auf einen späteren Zeitpunkt als den Geschäftsabschluß verlegt werden soll. Deshalb kann von einer wahren Zeitbestimmung nicht die Rede sein, wenn das als dies gesetzte Ereigniß schon vor dem Geschäftsabschluß eingetreten ist. Das am 1. Januar 1888 abgelegte Versprechen vom 1. Januar 1887 ab 1000 Mark nebst 5% Zinsen schulden zu wollen, wird allerdings in der Regel gültig sein, weil von den Parteien der 1. Januar 1887 in der That weder als Tag der Begründung der Schuld noch als Zahlungstag gemeint ist, sondern weil die Absicht dahin geht, der Promissor wolle jetzt (1888) genau so Schuldner sein, als sei er seit dem 1. Januar 1887 Schuldner einer zu 5% verzinslichen Obligation über 1000 Mark gewesen. Aber ein dies liegt hier nicht vor; der Inhalt der Schuld ist modificirt, aber entstanden ist die Schuld erst mit dem Abschluß des Vertrages und dann als sofort fällige.

Ist ein bestimmter Zahlungstag Formerforderniß, wie beim Wechsel, so kann die Angabe eines dies praeteritus nicht genügen. Wollte man denselben auch den Worten (Am 1. Jan. 1887 zahlen Sie gegen diesen Wechsel u. s. w.) zuwider, so wie oben geschehen,

---

[1]) Vergl. außer den oben angeführten Stellen z. B. noch L. 10. D. de cond. ind. (12. 6) L. 41. § 1. D. de V. O. (45. 1.)

also nicht als Zahlungstag auffassen, so wäre der Wechsel dennoch nichtig wegen des Mangels der Angabe der Zahlungszeit; nimmt man dagegen an — und das wird thatsächlich zutreffen —, daß ein Schreibfehler vorliegt, so ist der Wechsel deshalb nichtig, weil der in Wahrheit gewollte Termin (wenn auch vielleicht auf andere Weise nachweisbar) aus dem Wechsel nicht ersichtlich ist [1]. Daß ein dies praeteritus wirklich als Zahlungstermin gemeint sei, ist nur denkbar, wenn die Parteien sich in einem Irrtum, der namentlich beim dies incertus quando leicht möglich ist, befinden, z. B. wenn Jemand verspricht am Todestage des X. 1000 zu zahlen, während X. ohne Wissen der Parteien schon einen Monat vor dem Vertrage verstorben ist? Es ist hier nach der Intention der Parteien das Geschäft bald für gültig, bald für nichtig zu halten — für gültig, wenn es dem Schuldner nur darauf ankam, nicht eher als bis der X. todt sei, zahlen zu brauchen, so daß also anzunehmen ist, er würde bei Kenntniß des Todes pure versprochen haben — für nichtig, wenn nach der Natur des Geschäftes oder den begleitenden Umständen anzunehmen ist, daß das Versprechen eben nur auf den zukünftigen Todestag abgestellt werden sollte, wie z. B. bei Lebensversicherungsverträgen, die übrigens schon durch ihre Wortfassung eine andere Auslegung auszuschließen pflegen.

III. Das als dies gesetzte Ereigniß muß möglich sein. Der unmögliche dies hat nicht die characteristische Wirkung der Zeitbestimmung. Er macht vielmehr das Geschäft unter Lebenden nichtig, wird dagegen bei letztwilligen Verfügungen gestrichen, wie schon daraus hervorgeht, daß man den unmöglichen dies als unmögliche Bedingung betrachten kann. Bei der Frage ob eine unmögliche Zeitbestimmung vorliege, ist aber natürlich auf die wahre Willens-

---

[1]) Uebereinstimmend ein Erkenntniß des Oberhandelsgerichts vom 11. Oct. 1870, in welchem auch frühere gleiche Entscheidungen erwähnt werden. Seuff. Archiv XXV. 66.

meinung der Parteien, nicht auf den in der einen oder anderen Beziehung mißlungenen Ausdruck zu sehen. Daher kann z. B. ein auf den 31. April gestelltes Zahlungsversprechen allerdings wegen Unmöglichkeit des dies nichtig sein, wenn nämlich die Parteiabsicht eben war, durch diesen dies die Verbindlichkeit abzulehnen[1]); meistens aber wird aus den begleitenden Umständen hervorgehen, daß der gewählte Ausdruck nur als eine irrthümliche Bezeichnung des letzten April aufzufassen, der 30. April also als gewollter Zahlungstag zu betrachten ist. Anders liegt freilich die Sache beim Wechsel. Der Zahlungstag soll aus dem Wechsel selbst hervorgehen, der 31. April ist kein bestimmter Tag im Sinne des Artikel 4. Nr. 4 der Wechselordnung; denn wie er geschrieben ist, existirt er nicht, und wie er gemeint ist, läßt sich nur unter Zurathleziehung andrer aus dem Wechsel selbst nicht erhellender Umstände feststellen[2]).

§. 24. b) Wesen der Zeitbestimmung.

Wenden wir uns nach dieser Begrenzung des dies zu einer Bestimmung seines Wesens, so empfiehlt es sich von der befristeten Willenserklärung auszugehen. Die befristete Willenserklärung enthält nicht zwei Willenserklärungen, sondern nur eine einzige. Es wird nicht ein erstes (die Rechtswirkung überhaupt) und daneben ein zweites (was denn? etwa die Zeit?!) gewollt, sondern gewollt wird nur eins, „die Rechtswirkung zu der Zeit."

Die Einheit der befristeten Willenserklärung zeigt sich besonders deutlich, sobald man versucht, das Geschäft in zwei Erklärungen zu trennen.

---

1) Auch hier kann übrigens das Geschäft gültig sein, wenn diese Absicht dem Gegner dolos verheimlicht wurde, so daß also ein der Mentalreservation ähnlicher Fall vorliegt.

2) So auch ein Erkenntniß des Obertribunals zu Berlin v. 6. Juli 1858. Seuffert's Archiv XIII. 162.

1) Ich verpflichte mich 100 Mark zu zahlen;

2) Die Zahlung soll am 1. Januar 1890 erfolgen.

Es ist auf den ersten Blick klar, daß die vermeintliche zweite Erklärung in der That die erste wieder in sich enthält, und zwar dem Gedanken nach vollständig, nur in der Form verkürzt. Es würde also durchaus unrichtig sein, die Befristung eine Nebenwillenserklärung zu nennen.

Ist darum auch der Ausdruck Nebenbestimmung zu verwerfen? Ich meine es steht logisch nichts im Wege, innerhalb der einheitlichen Willenserklärung „Ich verspreche Dir ein vierjähriges, schwarzes, englisches Vollblutpferd zu leisten“ doch verschiedene Bestimmungen, der Art (Pferd), der Raçe (englisches Vollblut), der Farbe (schwarz), des Alters (vierjährig) zu unterscheiden. Nicht vier Willen, aber vier Bestimmtheiten des Willens (wenn wir den Willen als fertigen denken) oder Bestimmungen des Willens (wenn wir ihn in Thätigkeit denken). Juristischen Werth hat freilich hier die Unterscheidung nicht; alle diese Bestimmungen bestimmen zusammen den einheitlichen Inhalt des Willens. In gleicher Weise steht auch logisch nichts im Wege die Bestimmung der Zeit dem übrigen Inhalte des Geschäftes im Gedanken gegenüber zu stellen. Gegen den Ausdruck Zeitbestimmung ist also nichts einzuwenden.

Ob aber diese Bestimmung eine Nebenbestimmung sei, das hängt von dem Begriffe ab, den wir mit diesem Worte verbinden.

Beziehen wir diesen Ausdruck auf die geringere Wichtigkeit, so ist der dies keineswegs eine Nebenbestimmung; im Gegentheil kann derselbe alle übrigen Bestimmungen an Bedeutung überragen. Hat doch das Versprechen „ich will morgen 1000 Mark zahlen“ den mehr als dreißigfachen Werth des Versprechens „ich will in 100 Jahren 1000 Mark zahlen.“ Eine Scheidung der Bestimmungen eines Geschäftes in Haupt- und Nebenbestimmungen je nach der größeren öconomischen Wichtigkeit würde überhaupt juristisch ganz undurchführbar sein.

Verstehen wir als Hauptbestimmung diejenige, welche nothwendig gewollt sein muß, damit ein Rechtsgeschäft oder ein Rechtsgeschäft dieser Art vorliege, so scheint auf den ersten Anblick die Bestimmung der Zeit keine Hauptbestimmung, sondern eine Nebenbestimmung zu sein. Wir sind geneigt zu schließen, die Zeitbestimmung könne nicht wesentlich sein, da ja auch der nackte Wille „ich will Dir 1000 zahlen" gültig ist. Allein dieser Schluß ist irrig, er beruht auf ganz ungenügender, rein äußerlicher Betrachtung der gewählten Erklärungsform. Nur äußerlich erscheint der Wille „ich will 1000 zahlen" als Wille ohne Bestimmung der Zeit; in Wahrheit ist auch in dieser Erklärung nothwendig (in bestimmterer oder unbestimmterer Weise) eine Zeit mitgedacht. Denn wenn die Zahlung oder irgend ein anderer in die Zeit fallender Act versprochen wird, so geschieht das stets in der Absicht, daß die Zahlung in gewissen zeitlichen Grenzen — wie weit oder wie eng sie auch seien — erfolgen solle, und es ist lediglich Sache der Interpretation und des in dieser Beziehung ein für allemal interpretirenden Rechtes, die von den Parteien gewollte Zeit nach der Lage der Verhältnisse zu bestimmen. Denken wir uns einmal das Gegentheil. Denken wir, Jemand verspreche 100, aber ohne sich oder seine Erben und Erbeserben in Beziehung auf die Zeit irgend wie binden zu wollen, so fehlt offenbar der bindende Wille überhaupt.

Rein logisch betrachtet ist also die Bestimmung der Zeit keine Nebenbestimmung. So oft eine Rechtswirkung wirklich beabsichtigt wird, ist nothwendig die Zeit derselben (in bestimmterer oder unbestimmterer Weise) mitbeabsichtigt. Eine in Beziehung auf die Zeit völlig unbestimmte Rechtswirkung hervorrufen zu wollen, heißt diese Rechtswirkung nicht bindend wollen.

Sowie wir aber von dem Inhalte des Gedankens übergehen auf den äußeren Inhalt der Willenserklärung und nun fragen: „in welchen Beziehungen muß der Wille der Parteien erkennbar erklärt sein, damit ein gültiges Geschäft vorliege?" und nur die-

jenigen Bestimmungen, welche erkennbar erklärt sein müssen, als wesentliche, die übrigen als Nebenbestimmungen bezeichnen; dann ist die Bestimmung der Zeit nicht wesentlich; denn, wenn sie fehlt, nehmen wir nach der vermuthlichen Willensmeinung der Parteien und einer eben auf Grund derselben gegebenen Rechtsregel an, daß die Rechtswirkung als sofortige beabsichtigt sei.

Es kann nicht scharf genug betont werden, daß die Frage, was in diesem Sinne Haupt- oder wesentliche, was Nebenbestimmung sei, keine Frage der Logik ist, sondern sich nach dem Brauche des Verkehrs oder nach einer Rechtsregel, die sehr wohl auch positiver Natur sein kann, bestimmt. In den beiden schriftlichen Versprechen: „Gegen diesen Schein zahle ich am 1. Januar nächsten Jahres u. s. w." und „gegen diesen Wechsel zahle ich am 1. Januar nächsten Jahres u. s. w." ist das logische Verhältniß der Zeitbestimmung zu dem übrigen Inhalt des Versprechens völlig dasselbe, und doch ist die Zeitbestimmung beim Wechsel essentiale negotii beim einfachen Schuldschein nicht. Der Wechsel ohne Bestimmung der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, ist nichtig, der Schuldschein gültig.

Damit, daß eine Bestimmung in dem angegebenen Sinn Nebenbestimmung sei, ist über deren Inhalt nichts gesagt. Nicht nur die Zeitbestimmung und die Ortsbestimmung sind Nebenbestimmungen sondern z. B. auch die dem Inhalte nach völlig verschiedene Anordnung der Theile bei Erbeseinsetzungen. Fehlt nämlich diese Bestimmung der Erbtheile, so sind die Erbeseinsetzungen dennoch gültig. Es wird nun nach der vermuthlichen Absicht des Testators und theils darauf beruhender, theils aber auch positiver (ex asse fit dupondius) Rechtsregel die mangelnde Theilbestimmung in einer den verschiedenen Fällen angepaßten Weise ergänzt.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist also:

Die befristete Willenserklärung ist eine einheitliche Willenserklärung, der dies ist keine Nebenwillenserklärung. Er ist auch

bei öconomischer oder logischer Betrachtung keine Nebenbestimmung. Er ist eine Nebenbestimmung nur in dem Sinne, daß (ausgenommen bei Wechseln) beim Fehlen einer Zeitbestimmung, das Geschäft nicht für ungültig gehalten, sondern angenommen wird, der Wille sei auf eine sofortige Rechtswirkung gerichtet gewesen.

§. 25. c) Beweislast.

I. Bevor wir an die Frage herantreten, wen die Beweislast treffe, wenn der Beklagte das vom Kläger behauptete Geschäft zwar im allgemeinen zugesteht, aber die Hinzufügung eines dies a quo behauptet, müssen wir als nicht hierher gehörig und unstreitig diejenigen Fälle ausscheiden, wo nicht die Hauptrechtswirkung selbst befristet ist, sondern eine unbefristete Hauptwirkung durch einen Nebenvertrag in irgend welcher Weise modificirt wird. Am klarsten tritt der Unterschied dieser Fälle und der befristeten Willenserklärungen bei dinglichen Geschäften hervor. Niemand wird die befristete Tradition „ich übergebe Dir das Eigenthum vom 1. Januar kommenden Jahres an“ und die unbefristete Traditionserklärung „ich mache Dich zum Eigenthümer (etwa durch constitutum possessorium), Du sollst die Sache aber noch bis zum 1. Januar in meinem Besitze lassen“ (oder Dein Eigenthum bis zum 1. Januar nicht geltend machen) verwechseln, und es ist ganz unzweifelhaft, daß im zweiten Falle der Beklagte die obligatorische Nebenwillenserklärung, wenn er sie behauptet, auch beweisen muß.

Aber auch bei obligatorischen Geschäften tritt, wenn auch nicht in so ostensibler Weise, derselbe Gegensatz hervor [1]). Es ist streng zu unterscheiden, ob ich überhaupt nur verspreche, am 1. Januar kommenden Jahres zu leisten, oder ob ich unbefristet verspreche, aber

---

1) Hierauf hat schon Windscheid mit Recht aufmerksam gemacht.

mir das Recht ausbedinge, mit der Zahlung bis zum 1. Januar warten zu dürfen. Ob der letztere Fall vorliegt, mag in manchen Fällen schwierig zu beurtheilen sein, liegt er aber vor, so hat unzweifelhaft der Beklagte den Abschluß dieses pactum de non petendo zu beweisen.

II. Zu demselben Resultate kommt aber die herrschende Meinung auch bei der eigentlichen befristeten Willenserklärung. Man argumentirt dann folgendermaßen. Da ein Geschäft, dem kein dies hinzugefügt ist, als unbefristet gilt und sofort in volle Wirksamkeit tritt, da also die Vermuthung dafür streitet, daß die Rechtswirkung als gegenwärtige gewollt sei, so hat der Beklagte die etwa abweichende Parteiabsicht zu beweisen. Allein diese Beweisführung, auf der im Grunde die herrschende Meinung, so verschieden sie auch im einzelnen ausgeführt wird, beruht, operirt mit einem Scheinschluß. Wahr ist allerdings, daß, wenn die Parteien erweislich keine Befristung gesetzt haben, eben aus diesem Nichtsetzen erhellt, daß die Rechtswirkung als sofortige gewollt wurde; aber daraus folgt nicht im mindesten, daß wenn ungewiß ist, ob befristet oder unbefristet contrahirt wurde, eine Präsumtion für die Abwesenheit der Befristung streite. Das Eine hat mit dem Andern nichts zu thun, und Niemand hat vermocht den nothwendigen Zusammenhang darzuthun.

III. Für die Entscheidung unserer Frage ist der allgemeine Grundsatz maßgebend: der Kläger hat die Entstehung seines Rechtes zu beweisen, oder genauer: er hat diejenigen Thatsachen zu beweisen, welche dem Richter die Ueberzeugung verschaffen, daß das Klagrecht, wenn nicht etwa besondere, von vornherein nicht anzunehmende Hindernisse vorliegen sollten, entstanden ist. Dazu genügt aber der Beweis, daß ein Rechtsgeschäft — oder um mich auf den Hauptfall zu beschränken — daß ein Vertrag abgeschlossen sei, nicht. Es muß ein Inhalt des Vertrages nachgewiesen werden, welcher das Klagrecht und zwar jetzt zu erzeugen im Stande ist, und das ist

nur der unbefristete Vertrag (oder der befristete Vertrag, dessen dies schon eingetreten ist). Der Kläger hat also zu beweisen, daß die Parteien sofortige Rechtswirkung vereinbart haben. Dies beweist er entweder durch Bezugnahme auf eine ausdrückliche derartige Erklärung, oder durch Beweis eines ohne Zeitbestimmung abgeschlossenen Vertrages, da aus der Nichterwähnung eines dies eben die Absicht sofortiger Rechtswirkung erhellt. Ungenügend aber ist die Bezugnahme auf einen Vertrag, von dem es ungewiß bleibt, ob er etwas über die Zeit der Rechtswirkung enthalten habe. Für das Unbefristetsein der Verträge streitet ja keine Präsumtion, und die Regel: In omnibus obligationibus, *in quibus dies non ponitur*, praesenti die debetur L. 14. D. de R. J. kann eine solche nicht begründen; denn der Satz, daß die erweislich ohne *dies* abgeschlossenen Verträge als Verträge mit präsenter Wirkung gelten, begründet, wie schon oben gezeigt, in keiner Weise die viel weiter gehende Behauptung, daß auch den nicht erweislich ohne *dies* abgeschlossenen Verträgen in dubio diese Wirkung zukomme. Den Kläger trifft also die Beweislast [1]), und daran wird auch das Geständniß des Beklagten, das fragl. Geschäft sei zwar abgeschlossen, aber als befristetes, nichts geändert; denn dieses Geständniß bezieht sich auf ein Geschäft anderen und zwar solchen Inhaltes, daß daraus die Entstehung des Klagrechtes nicht gefolgert werden kann.

In Wahrheit kann von einem Geständniß des Klaginhalts hier überhaupt gar nicht geredet werden; denn wegen der Einheit der befristeten Willenserklärung ist es nicht zulässig, die Behauptung des Beklagten in das Geständniß des Vertragsabschlusses überhaupt und die Behauptung der Hinzufügung einer Befristung zu zerreißen.

---

[1]) Vergl. auch Windscheid § 96. Anm. 2, der übrigens nur aus der Einheit der befristeten Willenserklärung deducirt.

Zu dem gleichen Resultat wie wir, ist Pöschmann[1]) gekommen, freilich auf einem ganz andern Wege. Er sucht aus der wesentlichen öconomischen Verschiedenheit des Vertragsobjectes bei befristeten und unbefristeten Verträgen zu argumentiren, indem er z. B. berechnet, daß das Versprechen in 100 Jahren 1000 Thaler zu zahlen nur einen gegenwärtigen Werth von etwa 7½ Thaler habe. Ich kann diesen öconomischen Gesichtspunkt nicht für entscheidend halten, um so weniger, da er, consequent eingehalten, bei den eigentlichen Nebenverträgen, z. B. der Resolutivbedingung[2]) zu sehr verkehrten Resultaten führen würde. Auch wenn der Werth eines Versprechens durch die nach der Behauptung des Beklagten hinzugefügte (vielleicht schon eingetretene) Resolutivbedingung noch so erheblich verändert wird, so hat gleichwohl der Beklagte die Hinzufügung der Resolutivbedingung zu beweisen.

---

1) Ueber die Natur des sog. qualificirten Geständnisses im Civilprocesse. Leipzig 1863; vergl bes. § 10.

2) Vergl. namentlich Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung; besonders § 3 und § 5.

Dritter Abschnitt.

Das zeitliche Verhältniß des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkung.

I. Das Gesetz der Simultanität im Allgemeinen.

§. 26.

Ein Hauptgrundsatz des älteren Rechtes, der uns in diesem Abschnitt beschäftigen wird, das Princip der Simultanität, ist früher (S. 152) bereits kurz berührt, da er auf's Engste mit der Auffassung des Willens als Ursache der rechtsgeschäftlichen Folgen zusammenhängt. Was wir dort auf deductivem Wege gefunden haben, das ist jetzt als im römischen Rechte wirklich vorhanden nachzuweisen und in seinen Consequenzen zu verfolgen. Zuvor aber ist es in einem etwas weiteren Rahmen zugleich mit anderen Erscheinungen zu betrachten, mit denen es in wirklichem oder scheinbarem Zusammenhange sich befindet. Ich knüpfe dabei an Ausführungen Ihering's an.

„Wie der ganze Proceß," sagt Ihering [1]), „sich um den einen Punkt der Litiscontestation dreht, und der Richter bei der Beurtheilung des Streitverhältnisses weder frühere noch spätere

---

[1]) Geist des röm. Rechts. III. S. 143 ff.

Ereignisse ins Auge zu fassen hat, so ist auch für alle Fragen, welche sich auf die Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtsgeschäftes beziehen, der Moment seiner Vornahme zum Normalpunkt gemacht" (Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäftes). Diese Concentration zeigt sich nun nach Jhering in drei wichtigen Principien:

1) der Act der Handlung muß ein einziger sein. Eine Spaltung bewirkt Nichtigkeit des Geschäftes (das Requisit der Einheit der Handlung).

2) In dem Moment der Vornahme müssen auch die sämmtlichen Voraussetzungen vorliegen. (Princip der Präsenz des Thatbestandes).

3) Die Wirkungen des Rechtsgeschäftes (mit Ausnahme des Testamentes) können nur im Moment der Vornahme desselben eintreten, ein leerer Raum zwischen Geschäft und Wirkung ist unzulässig. Kann das Geschäft nicht sofort wirken, so bleibt es überhaupt unwirksam (Princip der Simultanität des Abschlusses und der Wirkungen des Geschäftes).

Gewiß enthalten diese Ausführungen höchst werthvolle Gedanken, welche namentlich auch für die uns hier beschäftigende Frage, sowie folgeweise für die Erkenntniß der Wirkungen bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte die wesentlichste Förderung bringen. Dieselben bedürfen aber meines Erachtens einer nicht unerheblichen Umgestaltung und einer veränderten Anordnung und Begründung.

Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäftes erscheint mir als solcher überhaupt nicht begründet. Jhering verweist zwar auf die Analogie des Rechtsstreites, für den er allerdings meines Erachtens die Concentration auf den Zeitpunkt der Litiscontestation erwiesen hat; allein dort ist für diese Concentration ein besonderer Grund vorhanden, der bei Rechtsgeschäften nicht zutrifft. Im Proceß wurde durch die formellen Rechtsbehauptungen der Parteien egisactionenverfahren, bezw. durch die Fassung der Formel dem

Richter lediglich die Frage nach dem gegenwärtigen Bestehen des Rechtes vorgelegt; ebenso mußte eigentlich das Urtheil sofort erfolgen, und es lag nahe, den unvermeidlichen Uebelstand der durch die causae cognitio gebotenen Verzögerung dadurch auszugleichen, daß man den Grundsatz aufstellte, der Kläger solle gleichwohl Alles das und nur das erhalten, was er haben würde, wenn das Urtheil sofort zur Zeit der Litiscontestation gefällt wäre. Alles weist also hier auf die Litiscontestation als den entscheidenden Zeitpunkt hin.

Beim Rechtsgeschäft kann man das Gleiche keineswegs sagen, am wenigsten, wenn es, wie im Fall bedingter und befristeter Geschäfte, (z. B. erst in später Zeit zu erfüllender obligatorischer Verträge) offenbar auf zukünftige Wirkungen abzielt. Finden wir also hier gleichwohl solche Principien, wie sie Jhering unter 1 bis 3 behauptet — ob das der Fall ist, soll gleich untersucht werden — so müssen wir für dieselben nach einer anderen Begründung suchen.

Das Princip der Simultanität — das aus alsbald sich ergebendem Grunde vorangestellt werden muß — ist allerdings für richtig zu halten. Es folgt aber nicht aus dem Gedanken der Concentration des Rechtsgeschäftes, sondern ist lediglich eine Consequenz aus den beiden Sätzen, daß das römische Recht den Willen als Ursache der rechtsgeschäftlichen Wirkung betrachtet, und daß eine temporäre Trennung von Ursache und Wirkung ausgeschlossen ist.

Das Requisit der Einheit der Handlung halte ich ebenfalls für richtig, leite es aber aus dem Formalismus des älteren römischen Rechtes ab. Auch dem neuesten römischen und dem heutigen Recht erscheint das Rechtsgeschäft als ein Ganzes. Wenn wir gleichwohl eine zeitliche Trennung der einzelnen Willenserklärungen, z. B. der Offerte und Acceptation zulassen, so geschieht das nur, indem wir die frühere Willenserklärung bis zur letzten abschließenden Willenserklärung als fortbestehend annehmen. Dem strengen Formalismus des älteren Rechts aber erscheint das unmöglich. Eben

weil er nicht auf den (fortdauernden) Willen, sondern auf die Erklärungsform sieht, fordert er auch Gleichzeitigkeit der formellen Erklärungen, mit einem Worte die unitas actus in dem bekannten Sinne.

Auch die Geschichte bestätigt diesen Zusammenhang und nicht den von Jhering angenommenen. Wären Simultanität und Einheit der Handlung nur zwei Erscheinungsformen desselben Gedankens der Concentration des Geschäftes, so wäre eine gleichzeitige Dauer für diese beiden Principien zu vermuthen. In Wahrheit aber sehen wir das Princip der Simultanität, wenn auch mit Ausnahmen, im neueren Recht noch in Kraft, das Princip der Einheit der Handlung dagegen ist mit seiner Ursache, dem Formalismus, beseitigt und im Justinianischen Recht nur noch für zwei formelle Geschäfte, das Testament und die stipulatio (folgeweise wohl auch für das Gegenbild der stipulatio — die acceptilatio), anerkannt.

Auch der Umstand muß uns bei Jhering's Ableitung stutzig machen, daß von den angeblichen beiden Consequenzen der Concentration die eine (die Simultanität) nach Jhering's eigener Ausführung auf Testamente keine Anwendung findet, während die andere (das Princip der Einheit der Handlung) gerade beim Testament nicht nur im älteren Recht galt, sondern sich auch im neueren besonders lange erhalten hat.

Was endlich das angebliche Princip der Präsenz des Thatbestandes betrifft, so halte ich nur so viel für richtig, daß im älteren römischen Recht bei Rechtsgeschäften unter Lebenden (nicht aber durchgängig bei Testamenten) die Voraussetzungen des Geschäftes sämmtlich im Moment des Geschäftsabschlusses vorhanden sein mußten. Ich kann aber gleichwohl diese Erscheinung nicht für ein besonderes Princip der Präsenz des Thatbestandes gelten lassen, sondern betrachte dieselbe lediglich als eine Consequenz der

Simultanität, welche mit der Simultanität steht und fällt und daher bei Testamenten nicht zutrifft.

Es bedarf dies genauerer Ausführung.

Die Voraussetzungen eines Rechtsgeschäftes lassen sich eintheilen in Voraussetzungen des Errichtungsactes und Voraussetzungen der Wirksamkeit.

In die erste Kategorie gehört vorzugsweise die Handlungsfähigkeit und diese muß allerdings schon zur Zeit der Handlung selbst vorhanden sein, weil ohne solche die Handlung nur ein leerer Schall, ein Schein ohne juristische Bedeutung, sein würde, der durch später eintretende Handlungsfähigkeit nicht nachträglich gekräftigt werden kann.

Die Voraussetzungen der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes sind sehr mannigfaltig je nach der Wirkung, welche bezweckt wird. Bei einer Disposition über das Eigenthum wird Eigenthum des Disponirenden, bei der Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft wird das Vorhandensein einer solchen und zwar einer dem Antretenden oder Ausschlagenden deferirten Erbschaft vorausgesetzt u. s. w.[1]) Auch diese Voraussetzungen mußten allerdings im älteren

---

[1]) Ihering unterscheidet vier Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes:

1) Die Handlungsfähigkeit.

2) Die juristische Möglichkeit des Inhaltes.

3) Das Vorhandensein der concreten Verhältnisse, durch welche die Wirkungen des Rechtsgeschäftes bedingt sind.

4) Die Angabe des concreten Willensinhaltes, also des Gegenstandes, der Summe, des Rechts, der gegenüberstehenden Person.

Von diesen Erfordernissen würden Nr. 2 und 3 unter unsere Voraussetzungen der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes fallen; doch wird zunächst von dem „Erforderniß der juristischen Möglichkeit des Inhaltes" nicht die Rede sein, weil der dabei besonders in Betracht kommende Satz impossibilium nulla est obligatio späterhin einer besonders eingehenden Betrachtung unterzogen werden muß. Nr. 4 würde wohl richtiger überhaupt nicht zu den Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes gerechnet werden, sondern zum Errichtungsact selbst, so gut wie

Recht schon bei der Errichtung vorhanden sein, aber nur deshalb, weil die Wirkungen sofort mit der Vornahme des Rechtsgeschäftes eintraten.

Setzen wir uns einmal hierüber hinweg, nehmen wir also an, die Wirkungen des Rechtsgeschäftes treten erst später ein, so ist nicht abzusehen, weshalb die Voraussetzungen dieser Wirkungen schon in jenem früheren Moment sollten vorhanden sein müssen. Wenn ich einen Stein nur so schleudern kann, daß er sofort niederfällt, so kann mein Wurf natürlich nur denjenigen verletzen, der jetzt am Fallort sich befindet; kann ich ihn aber so schleudern, daß er erst nach längerer Zeit niederfällt, so kann er auch jeden treffen, der inzwischen an den Fallort getreten ist. Kann ich einen Rechtsact so vornehmen, daß er sofort fix und fertig, von meinem Willen in der Zukunft völlig unabhängig dasteht und doch das Recht, über welches ich disponire, erst in einem späteren Moment ergreift, bis dahin aber noch keine Wirkung äußert, so ist auch nicht einzusehen, weshalb es nicht genügen solle, wenn jenes Recht in dem Moment, wo es ergriffen werden soll, mein Recht geworden ist.

Damit stimmen denn auch die Quellen überein.

Als wäre sie speciell für unsre Frage geschrieben, unterscheidet die L. 18. § 1. D. de castrensi peculio (49. 17) solche Veräußerungsgeschäfte, welche sofort, und solche, welche erst in einem späteren Moment wirken, und erklärt Veräußerungsgeschäfte der ersten Art für nichtig, wenn sie ein Vater in Bezug auf eine zum peculium castrense seines Haussohnes gehörige Sache vornimmt, wäh-

---

z. B. der Wille, die Erklärung und deren Form. Wie nun das Drängen nach völliger Bestimmtheit das ältere Recht sogar zum Formalismus geführt hat, so auch um so mehr zum Ausschluß von Dispositionen über unbestimmte Summen oder Gegenstände, oder zu Gunsten ungewisser Personen u. s. w.; aber ich halte es für verwirrend, dieses Erforderniß der Bestimmtheit, wie Jhering es thut, unter den Gesichtspunkt der temporären Concentration des Rechtsgeschäftes auf den Moment der Errichtung zu bringen.



rend Veräußerungsgeschäfte der zweiten Art gültig sind, wenn zur Zeit ihrer Wirksamkeit der Sohn gestorben, also die Voraussetzung der Wirksamkeit des Geschäftes, daß die Sache dem Vater gehört, eingetreten ist.

L. 18. § 1. D. de castrensi peculio (49. 17). . . . . hi actus patris, qui ad praesens alienationem alicujus juris de castrensi peculio praestant, impediuntur: hi vero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animadvertentur, quo habere effectum consuerunt, ut si sit filius, cui auferatur, nihil agatur, si ante decesserit, actus patris non impediatur.

Ein zweites Beispiel sei dem Obligationenrecht entnommen. Da im neueren Rechte ein Novationsvertrag dergestalt geschlossen werden kann, daß die Aufhebung der alten Obligation erst in einem späteren Moment stattfindet [1]), so ist es auch genügend, wenn die zu novirende Obligation nur in dem Moment, wo sie aufgehoben werden soll, existent geworden ist. Mit einem Worte: Es ist eine Novation zukünftiger Schulden zulässig.

L. 8. § 2. D. de novat. (46. 3). Si quis ita stipulatus a Sejo sit: 'quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes'? an si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio solusque teneatur Sejus? Et ait Celsus novationem fieri, si modo id actum sit, ut novetur, id est ut Sejus debeat, quod Titius promisit.

Die gleiche Erscheinung kehrt überall wieder, wo uns der Lauf dieser Abhandlung eine wirkliche Trennung von Geschäft und Wirkung im neueren Recht zeigen wird. Zweifel dagegen könnte gerade das ältere Recht erregen, weil wir hier bei dem einzigen der Simultanität nicht unterliegenden Geschäft, dem Testament, eine

---

[1]) L. 8. § 1. D. de novat. (46. 2) Ulpianus. Qui sub condicione stipulatur, non statim novat . . . . .

Regel beobachten, welche den Jhering'schen Gedanken zu bestätigen scheint — die regula Catoniana [1]). Allein eine genauere Betrachtung dieser Regel wird zeigen, daß der regula Catoniana eine ganz andere Gedankenreihe zu Grunde liegt, welche um so mehr einer Erörterung bedarf, als später wiederholt Gelegenheit sein wird, auf dieselbe zu recurriren.

Wenn ein Legat deshalb nichtig ist, weil dem Testator die Fähigkeit zur Testamentserrichtung fehlt, so wird es selbstverständlich nicht dadurch gültig, daß der Testator später fähig wird. Es gilt dies nicht vom Legat allein, sondern auch von dem Testament überhaupt und jedem anderen Rechtsgeschäfte (siehe oben) [2]).

Um diesen Satz zu begründen, bedürfen wir weder der regula Catoniana, noch des Principes der Präsenz des Thatbestandes, es genügt, um ihn zu erklären, der Hinweis darauf, daß die testamenti factio des Testators Erforderniß des Errichtungsactes ist und deshalb auch ausnahmslos (selbst bei bedingten Vermächtnissen) zur Zeit des Errichtungsactes vorliegen muß.

Was aber die übrigen Voraussetzungen, die Voraussetzungen der Wirksamkeit des Vermächtnisses betrifft, so könnte man zweifeln, ob sie schon zur Zeit der Errichtung vorhanden sein müssen, oder ob es genüge, wenn sie nur zur Zeit der Wirksamkeit des Legates, also regelmäßig beim Tode des Testators eingetreten seien. Das

---

1) Wie Jhering betrachtet auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 125—131 die regula Catoniana als einen Ausfluß der vermeintlichen Concentration des Rechtsgeschäftes.

2) Selbst eine Bestätigung des Legates kann nichts helfen, es muß neu in der gehörigen Form errichtet werden, und die scheinbar widersprechende L. 1. § 1. und 5. D. de leg. III. (32) erklärt sich daraus, daß zu Ulpians Zeit Fideicommisse noch formlos errichtet wurden. Die bekannte Streitfrage, ob die Fähigkeit des Bedachten in gleicher Weise wie die Fähigkeit des Testators zu beurtheilen sei, ist für unsere Frage von ganz untergeordneter Bedeutung. Ich verneine dieselbe mit der herrschenden Ansicht aus den von Windscheid III. § 638 angeführten Gründen.

Natürlichere würde gewiß, wie oben gezeigt, das Letztere sein. Allein auch für die erstere Ansicht sprechen erhebliche Gründe: Wenn Jemand ein Testament macht, so schweben ihm dabei zunächst die Verhältnisse so vor, wie sie zur Zeit der Errichtung sind. Die honorirten Personen, sein eigenes Vermögen in seinen verschiedenen Theilen, die gesammten sonst noch in Betracht kommenden Umstände stehen, wie sie in diesem Moment sich gestalten, vor seinem Auge, und von dem Gedanken ausgehend, daß sein Tod möglicherweise in nächster Zeit bevorstehe, will er die einzelnen Dispositionen als eventuell sofort in Wirksamkeit tretende anordnen. Stirbt er nun wirklich sofort, und ist ein Hinderniß der Wirksamkeit eines Legates vorhanden, so kann natürlich diese Wirksamkeit nicht einfach hinaus geschoben werden, bis jenes Hinderniß etwa beseitigt ist, nein das Legat ist als sofort wirksames gewollt, als solches nicht möglich und also völlig nichtig.

Wie aber nun, wenn der Testator nicht sofort stirbt, sondern erst nach vielleicht geraumer Zeit, nachdem das dem Legat ursprünglich entgegenstehende Hinderniß weggefallen ist? Soll hier das Legat durch die Verzögerung des Todes gültig werden?

1) Es liegt nahe diese Frage zu verneinen, gestützt auf folgende Deduction. Der Testator hatte anfangs ein nicht realisirbares Legat angeordnet. Entweder kannte er diese Eigenschaft, dann hat er nur zum Scherz legirt, oder er kannte sie nicht, dann müssen wir annehmen, er würde, wenn er sie gekannt, überhaupt nicht ein solches Legat angeordnet haben. Das Legat muß also jedenfalls nichtig sein und bleiben, trotzdem später das Hinderniß, welches dem Legat entgegenstand, weggefallen ist. Ob dieser Wegfall vor oder nach dem Tode des Testators eintrat, kann nicht über die Gültigkeit des Legates entscheiden. Auf diesen zufälligen Umstand an sich großen Werth zu legen, konnte nach Gajus — zu dessen Zeit doch das Princip der Präsenz des Thatbestandes, hätte es bestanden, längst durchbrochen war — mit Recht als absurd bezeichnen.

Gaj. II. 244. quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset.

2) Dennoch können gegen dieses Resultat von einem anderen Gesichtspunkte aus erhebliche Zweifel erhoben werden: Der Testator wußte ohne Zweifel (ja er hoffte es vermuthlich), daß der Tod und damit die Wirksamkeit des Legates vielleicht erst in späterer Zeit eintreten werde. Schwebte ihm aber hauptsächlich diese spätere Wirkung vor, so kam für ihn auch vermuthlich nur die spätere Realisirbarkeit in Betracht. Er rechnete vielleicht gerade auf die spätere Hebung des Hindernisses oder würde doch darauf gerechnet haben, wenn er das Hinderniß überhaupt gekannt hätte. Nehmen wir einen solchen, hauptsächlich auf die spätere Zukunft gerichteten Willen des Testators als Regel an, so werden wir schließen: der Testator wollte die Wirksamkeit zur Zeit seines (vermuthlich späteren) Todes; im Moment seines Todes ist das Legat realisirbar; er hat also etwas Realisirbares gewollt, und es fehlt jeder Grund das Legat deshalb für ungültig zu erklären, weil es früher bei seinen Lebzeiten, für welche es ja nicht gewollt war, unrealisirbar gewesen ist. So folgerte wohl Servius in einem speciellen Falle.

Gaj. II. § 244. An ei, qui in potestate sit ejus, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari probat, sed evanescere legatnm, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit: ideoque sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum.

Schon Cato dagegen brachte den einen wie den andern Gedankengang zur Geltung und zwar jeden für den Theil der Fälle, für den er zutrifft. Wenn aus den Worten des Testators oder den begleitenden Umständen zu erkennen ist, daß das

Legat mit dem Gedanken an die spätere Realisirbarkeit errichtet wurde, so ist es gültig, sonst nichtig[1]).

Aber er muthet dem Richter nicht für jeden einzelnen Fall diese schwierige und im Erfolge höchst unsichere Untersuchung zu, sondern er entscheidet die Frage gleich selbst ein für alle mal und giebt erst dadurch der Regel eine leicht anwendbare, also practisch werthvolle Form. Suchen wir seinem Gedankengang zu folgen.

1) Wenn der Testator unter der Bedingung legirt hat, daß das Hinderniß des Legates später wegfalle, ist das Legat gültig[2]).

2) Wenn unter einer anderen Bedingung legirt ist, dürfte dasselbe anzunehmen sein. Wer ein bedingtes Legat errichtet, will auf keinen Fall, daß das Legat sofort in Wirksamkeit trete, er will das Legat nur als von einem zukünftigen ungewissen Ereigniß abhängig und nur für die Zukunft. Wenn nun zwar bei der Errichtung dem Legate ein Hinderniß entgegenstand, wenn dasselbe aber

---

1) Am nächsten steht unsre Erklärung derjenigen Roßhirt's (Archiv f. civ. Pr. X S. 228 ff.) und Arndt's (Rhein. Museum V. S. 241 ff.) Vangerow's Erklärung (Pand. II. § 540 A. III.), welcher Windscheid (III. § 638) zustimmt, läßt eben die Hauptsache unerklärt, nämlich, weshalb ein Vermächtniß bezüglich der Erfordernisse seiner Wirksamkeit nach der Errichtungszeit und nicht nach der Zeit der Wirksamkeit gemessen wird. Bei Geschäften unter Lebenden bedarf dies keiner Erklärung, weil da eben nach dem Princip der Simultanität Abschluß und Wirkung zusammenfallen.

2) L. 18. D. de leg. II. (31) Celsus. Heredem meum ita tibi obligare possum, ut *si, quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit,* dare eum tibi damnas sit. L. 1. § 2. D. de reg. Cat. (34. 7). Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum vivo testatore alienaveris,* legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset. Die gleiche Erscheinung wiederholt sich bekanntlich bei obligatorischen Verträgen (Näheres darüber in Anlage II). Wenn aber das Vermächtniß auf einen Gegenstand gerichtet ist, dessen beabsichtigte Zuwendung gegen die gute Sitte oder Pietät oder gegen die gesunde Vernunft verstößt (Legat eines Freien, einer res sacra oder religiosa, des forum, einer Basilika, der dem Kaiser gehörigen Sallustischen Gärten), so ist es schlechthin nichtig und auch die Bedingung kann nichts helfen. arg. L. 83. § 5. D. (45. 1); vergl. L. 137. § 6. eod. L. 39. § 8. D. (30).



vor dem Eintritt der Bedingung weggefallen ist, so wird gewiß in den bei weitem meisten Fällen die Annahme begründet sein, daß der Testator gerade auf die Beseitigung dieses Hindernisses vor dem Eintritt der Bedingung rechnete. Ganz derselbe Gedankengang war es auch, der zur Gültigkeitserklärung bedingter Versprechen unmöglicher Leistungen geführt hat, L. 61. D. de contr. emt. (18. 1). **Existimo, posse me id, quod meum est, sub condicione emere,** ***quia forte speratur, meum esse desinere.***

3) Die gleiche Behandlung wird aber auch dann anzunehmen sein, wenn ein unbedingtes Legat hinterlassen ist, dessen Anfall gleichwohl nicht mit dem Tode des Testators stattfindet. Auch hier mußte der Testator sich sagen, daß die Wirkung in keinem Fall sofort stattfinden konnte. Auch hier war also sein Blick nur auf die Zukunft, nicht auf die Gegenwart gerichtet, ähnlich wie bei der Bedingung, und auch hier werden wir vermuthen können, daß es ihm nur auf die Realisirbarkeit in der Zukunft ankam.

Alle diese Gedanken vereinigt geben die regula Catoniana: „quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere“ und die bekannten Ausnahmen für bedingte Legate und solche, deren dies erst nach dem Erbschaftsantritt cedirt.

4) Aber auch in einer Abweichung von der regula Catoniana zeigt sich die Richtigkeit unserer Begründung. Beim Vindicationslegat von Fungibilien genügt es, wenn dieselben beim Tode des Testators in dessen Eigenthum stehen, während bekanntlich bei Nichtfungibilien das Eigenthum außerdem schon im Moment der Legatserrichtung vorausgesetzt wird. Wie erklärt sich das? Man kann die practische Unentbehrlichkeit der Regel anführen; aber sie stimmt auch mit dem oben entwickelten Grundgedanken Cato's überein. Der Vermögensbestand von Fungibilien ist einem fortwährenden (schon durch die Verbrauchbarkeit der meisten bedingten) raschen Wechsel unterworfen. Wer also Fungibilien legirt, der weiß nahezu

mit Sicherheit, daß bei einigermaßen verzögertem Tode sein Fungibilienbestand verändert ist. Er denkt also ohne Zweifel an die beim Tode etwa vorhandenen Fungibilien. Er legirt mit Rücksicht darauf, daß das Legat dann aus den dann vorhandenen Fungibilien realisirbar sein werde.

Nach dem Gesagten haben wir die **regula Catoniana** nicht als eine reine Singularität, aber auch nicht als ein Glied eines höheren, das gesammte ältere Recht beherrschenden Principes zu betrachten. Sie ist vielmehr aus einsichtsvoller Würdigung der vermuthlichen Absicht des Testators entstanden. Aber selbst wenn man unserer Erklärung der **regula Catoniana** nicht folgen wollte, so würden doch dem Princip der Präsenz des Thatbestandes die unter 1 bis 4 genannten Regeln auf's Bestimmteste widerstreiten, und doch sind dieselben, was sehr zu beachten ist, nicht Neuerungen der classischen Jurisprudenz, sondern sie bestanden schon zu Cato's Zeit, also jedenfalls schon vor dem Jahre 600 der Stadt, früher als die Jurisprudenz sich von den starren Principien des alten Rechts emancipirte; ja man wird mir schwerlich Unrecht geben, wenn ich wenigstens den unter 1 und 4 genannten Rechtssätzen ein noch viel höheres Alter zuschreibe und den letzteren für so alt als die Legate fungibler Sachen erkläre.

Auch die Bezeichnung der Regel als **Regula Catoniana** läßt sich gegen Jhering's Princip der Präsenz des Thatbestandes verwerthen. Wäre die Regel nur ein Glied des allgemeinen Principes, so würde sie schwerlich mit einem solchen Namen, der doch auf etwas Besonderes hindeutet, geschmückt sein. Viel näher würde es gelegen haben, die Ausnahmen dieses Principes **regula Catoniana** zu nennen.

Nun hat allerdings Jhering eine Reihe von anderen Belegen für sein Erforderniß der Präsenz des Thatbestandes aufgestellt; allein dieselben beweisen in der That nicht dieses, sondern nur das

Princip der Simultanität der Wirkungen, als dessen unmittelbare Consequenzen sie erscheinen. Bei der Erörterung der Simultanität sollen sie denn auch in der gegenwärtigen Abhandlung verwerthet werden.

II. Die Pendenz der Rechte im Allgemeinen.

§. 27.

Bevor wir uns dem Nachweise des Princips der Simultanität bei Rechtsgeschäften unter Lebenden zuwenden, ist es nöthig, ein Verhältniß kurz zu besprechen, dessen richtige Erkenntniß für eine Reihe der zu erbringenden Beweise die Voraussetzung bildet.

Wenn ein Sclav, der im Nießbrauch des A. und im Eigenthum des B. steht, eine Sache kauft und sich unter Creditirung des Kaufpreises [1]) tradiren läßt, so ist ungewiß, ob der Erwerb für A. oder für B. gemacht sei; denn da bekanntlich ex re usufructuarii für den Usufructuar, ex re proprietarii für den Proprietar erworben wird, so kann diese Frage erst durch die spätere Zahlung aus des Einen oder des Andern Vermögen entschieden werden. Gleichwohl ist die Zeit des Erwerbes nicht bis zur Zahlung hinausgeschoben, das Eigenthum ist sofort mit der Tradition erworben. Für wen? das entscheidet sich durch die spätere Zahlung. Mittlerweile ist also ein Schwebezustand vorhanden. Es ist ungewiß, wer von Beiden schon jetzt Eigenthümer ist. Die spätere Zahlung hat nur declaratorische Bedeutung. Daß diese Auffassung wirklich den Quellen entspricht, geht unwiderleglich aus einer ganzen Reihe von Stellen hervor L. 43. § 2. D. de A. R. D. (41. 1).

Cum servus, in quo alterius usufructus est, hominem emit et ei traditus sit, antequam pretium solvat, *in pendenti*

---

[1]) Die Creditirung des Kaufpreises ist, wie sich später zeigen wird, kein Erforderniß des sogleich anzugebenden Verhältnisses. Sie wird hier nur um jeden Zweifel auszuschließen miterwähnt.



est, cui proprietatem adquisierit: et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, *intellegitur fructuarii homo fuisse:* cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, *proprietarii ex postfacto fuisse videtur.*

Bei der Interpretation ist besonders das „acquisierit" und das dreimalige „fuisse" zu beachten. Nicht ein zukünftiger Erwerb wird durch die Zahlung aus des Einen oder des Anderen Vermögen entschieden, sondern ein vergangener wird aufgeklärt. Vgl. auch L. 25. § 1. L. 12. § 5. D. de usufr. (7. 1). L. 43. § 10. D de aed. ed. (21. 1). L. 18. § 3. i. f. D. de stip. serv. (45. 3). So haben wir also einen Fall, wo es für menschliche Kenntniß ungewiß ist, ob A. oder B. Eigenthümer sei, einen Fall des dominium pendens oder der Pendenz der Rechte.

Es leuchtet sofort ein, daß der Grund, weshalb die Quellen hier ein dominium pendens angenommen haben, wesentlich in dem Princip der Simultanität zu finden ist. Die Tradition (respective die Mancipation, bei der ein Gleiches galt) konnte nur wirken in dem Moment, wo der Traditionsact mit animus tradendi und accipiendi dominii beendet war. Eine spätere Wirkung war nicht denkbar. Da man nun vor der Hand noch nicht wissen konnte, für wen dieselbe wirke, so hatte man nur die Wahl, entweder den ganzen Act für nichtig zu erklären und etwa den Eigenthumsübergang nur dann anzunehmen, wenn im Moment der Zahlung noch die sämmtlichen Erfordernisse der Tradition (Willensfähigkeit auf beiden Seiten, animus tradendi und accipiendi dominii, Eigenthum des Tradenten u. s. w.) fortdauerten, oder zu einem künstlichen Mittel zur Erreichung eines auf anderem Wege nicht zu erreichenden Postulates seine Zuflucht zu nehmen[1]).

---

[1]) Jhering, Geist. III. § 58. Vergl. auch meine Abhandlung über den Begriff u. s. w. S. 77. Anm. 128.

Ein solches künstliches Mittel aber gewährte eben die Annahme eines dominium pendens, da durch dieselbe der Eigenthumserwerb, obgleich von der späteren Zahlung abhängig, doch temporär an den Traditionsact geknüpft wurde.

Bald aus gleichem, bald aus verschiedenem Grunde ist ein dominium pendens auch in manchen anderen Fällen angenommen, von denen nur einige durch Anführung der schlagendsten Quellenstellen erwähnt werden sollen.

L. 86. § 2. D. de leg. I. (30) Quum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam ejus attingunt, *in suspenso est;* nam si legatarius repulerit a se legatum, *nunquam ejus fuisse videbitur,* si non repulerit, *ex die aditae hereditatis ejus intelligetur.* Secundum hanc regulam et de jure eorum, quae per traditionem servus acceperit, aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, *ut vel heredis, vel legatarii servus singula gessisse existimetur.* cfr. Gaj. II. § 195.

L. 70. § 1. D. de usufr. (7. 1). Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita, quae demortua sunt, cujus sit foetus, quaeritur. Et Julianus lib: XXXV. Dig. scribit, *pendere eorum dominium, ut si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur,* fructuarii. quae sententia vera est.

L. 12. § 5. i. f. eod. Quum autem *in pendenti est dominium,* ut ipse Julianus ait, in foetu qui summittitur, et in eo, quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum pretio soluto sed tamen ab eo satisfacto, dicendum est, *condictionem* (sc. furtivam) *pendere,* magisque in pendenti esse dominium; vergl. ferner L. 9. § 3. u. L. 10. D. de fundo dotali (23. 5.)

Das Verhältniß der Pendenz ist keineswegs auf das Gebiet der dinglichen Rechte beschränkt. So enthält z. B. die L. 7. D. de manumissis testamento (40. 4) einen unzweifelhaften Fall der schwebenden Freiheit.

Ulpianus. Neratius scribit ejus, cui libertas sic data est, 'si mihi nullus filius erit cum moriar, Stichus liber esto', impediri libertatem postumo nato. sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero *ex postfacto respondemus retro liberum fuisse* nullo filio nato? *quod magis arbitror probandum.*

Für das Obligationenrecht enthält schon die oben citirte L. 12. § 5 ein Beispiel, da in der Schwebe ist, ob die condictio furtiva dem Nießbraucher oder dem Proprietar zusteht. Viel häufiger aber wird uns der Verlauf dieser Abhandlung Fälle zeigen, in denen es ungewiß ist und erst durch einen späteren Umstand aufgeklärt wird, ob überhaupt eine Forderung vorhanden sei oder nicht.

Vor der Hand genügt die allgemeine Kenntniß des Verhältnisses der Pendenz der Rechte, für die es denn auch nicht an Aussprüchen allgemeiner Natur fehlt:

Quaedam sunt, in quibus *res dubia* est sed *ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est* (L. 15. D. de reb. dub 34. 5).

cujus fuerit (sc. res) eventus *declaret*, sit que et hoc ex his, *quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarent.* L. 98. § 3. D. de solut. (46. 3).

Die logische Möglichkeit einer solchen Pendenz der Rechte hätte nie bestritten werden sollen; denn wenn auch eine gegenwärtige Thatsache unmöglich von der Zukunft abhängen kann, so ist doch bei dem nur gedachten, in der Natur nicht existirenden Rechte anders zu urtheilen. Die richtige Auffassung findet sich schon bei Leibnitz [1]), das Verdienst aber den Begriff der Pendenz der

[1]) Doctrina condicionum cap. X. (68) opp. omnia studio L. Duteus Tom IV. pars 3. pag. 154. Derselbe erörtert das Pendenzverhältniß für den Fall

Rechte zuerst in neuerer Zeit klar entwickelt und in seinen Consequenzen klar gelegt zu haben, gebührt Fitting [1]), dem auch vielfache Zustimmung geworden ist [2]).

Die Pendenz des Rechtsverhältnisses kann sich beziehen auf alle Arten von Rechtsverhältnissen, insbesondere

a. auf das Bestehen eines Rechtes;

b. auf dessen subjective Zuständigkeit (ob es also dem A. oder B. zustehe);

c. auf eine rechtliche Qualität einer Person oder einer Sache (z. B. ob die Person paterfamilias, ingenuus sei, ob die Sache dotal sei oder nicht);

d. auf die Existenz eines Rechtsgeschäftes (ob das Geschäft gültig oder nichtig sei).

Der Begriff der Pendenz scheint zu ergeben, daß das ungewisse Rechtsverhältniß, eben weil weder die eine noch die andere Alternative sicher ist, vorläufig nach keiner Richtung äußerlich hervortretende, thatsächliche (und daher nothwendig gewisse) Folgen

---

des bedingten Geschäftes. Ob der Anwendungsfall richtig ist, darüber später. Hier interessirt nur die höchst anschauliche Darlegung des Begriffes „Wenn ein vom Staate anerkannter Prophet existirte und derselbe den Eintritt der Bedingung vorher gesagt hätte, so könnte der bedingt Berechtigte sein Recht sofort geltend machen."

1) Begriff der Zurückziehung. 1856.

2) Unter vielen Anderen von Arndts Pand. § 57. Anm. 2.

v. Vangerow, Pand. § 301. Anm. I. 2.

Brinz, Pand. § 327. (1. Aufl.)

v. Wächter, das schwebende Eigenthum. Leipzig 1871. (§ 2.)

v. Ihering „Unentschiedenheit des Seins (Pendenz)" Geist des röm. R. Bd. II. S. 352.

Karlowa, Rechtsgeschäft S. 11 ff.

Dernburg, Pand. I. § 82.

In der Hauptsache auch von Windscheid, Heidelberger krit. Zeitschr. IV. S. 37 ff.

haben könne. Allein dies ist nur mit mehrfachen Beschränkungen richtig, von denen uns namentlich die letzte besonders interessirt.

1) Das Recht kann (wie auch in manchen Fällen nur subjectiv zweifelhafter Rechte, oder erst zukünftiger Rechte) zur Sicherung des ungewissen Rechtes gewisse Befugnisse, z. B. Cautionsansprüche geben.

2) Wenn die Aenderung eines bestehenden Rechtszustandes in der Schwebe ist, so wird derselbe, so lange seine Aufhebung noch ungewiß ist, nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast noch geltend gemacht und ausgeübt werden können.

3. Fraglich erscheint aber, wie sich folgende Erscheinung mit dem Begriffe der Pendenz verträgt:

Nicht selten wird vom Recht anfangs ein bestimmter Zustand angenommen, der aber später derartig wieder aufgehoben werden kann, daß die Wiederaufhebung sich auf den Anfang zurückerstreckt. So wird z. B. der Pfandgläubiger durch dominii impetratio sofort Eigenthümer, wenn aber der Schuldner von seinem zweijährigen Wiedereinlösungsrecht Gebrauch macht, so wird ihm das Eigenthum zurückerworben, wie wenn er es nie verloren hätte.

L. 3. § 3. C. de jure dominii impetrandi (8. 34).

L. 63. § 4. D. de acqu. rer. dom. (41. 1).

Der Nießbraucher, dem die Proprietät legirt wird, verliert zunächst sein jus in re aliena. Wenn aber nachher das Testament durch querela inofficiosi vernichtet wird, so wird sein Nießbrauch rückwärts wieder hergestellt.

L. 57. pr. D. de usufr. (7. 1).

Die Kinder eines in feindliche Gefangenschaft gerathenen Bürgers sind zunächst sui juris, es ist also ein fester Zustand vorhanden. Kehrt aber der Vater aus der Gefangenschaft zurück, so wird die patria potestas als niemals aufgelöst betrachtet.

Paul. rec. sent. II. 25. § 1. *Pater* ab hostibus captus *desinit* habere filios in potestate: postliminio vero reversus tam

filios quam omnia sui juris in potestatem ***recipit, ac si nunquam ab hostibus captus sit.***

Endlich sei hier noch die Resolutivbedingung erwähnt, durch deren Eintritt wenigstens bei Consensualverträgen gleichfalls der anfangs begründete Zustand wieder aufgehoben wird, als hätte er nie bestanden.

Absichtlich ist in diesen Beispielen bisher nur von einer rückwirkenden Wiederauflösung eines begründeten Rechtszustandes die Rede gewesen, um den Punkt, der das Verhältniß von den bisher betrachteten Pendenzfällen unterscheidet, besonders scharf hervorzuheben. In der That aber zeigt sich leicht, daß die Annahme einer rückwirkenden Wiederauflösung eines begründeten Rechtsverhältnisses, wenn man es mit diesem Ausdruck genau nimmt, einen Widerspruch in sich selbst enthält. Ein Rechtszustand, der eine gewisse Zeit hindurch bestanden hat, kann nicht rückwärts aufgehoben d. h. für die Vergangenheit auf den Kopf gestellt werden. Es ist unmöglich Gewesenes zu nicht Gewesenem und nicht Gewesenes zu Gewesenem zu machen [1]).

Es bleibt daher nur die Wahl: Entweder man betrachtet den anfangs angenommenen Zustand als wirklich vorhanden — dann ist die Wiederauflösung desselben nur für die Zukunft denkbar, und wenn dennoch von einer Rückwirkung die Rede ist, so hat das nur den Sinn, daß in Zukunft alles so behandelt werden soll, als ob der Zustand nie vorhanden gewesen sei, das Nichtdagewesensein wird fingirt — oder man betrachtet umgekehrt dies Nichtdagewesensein als das Wahre. Dann erscheint der Zwischenzustand nur als eine provisorische Regelung, welche zwar so lange als begründet erscheint, bis die wahre oder eigentliche Natur des Rechtsverhält-

---

[1]) Deshalb ist der gewöhnlich gebrauchte Ausdruck Rückwirkung oder Rückziehung nicht ganz zutreffend und wo Irrthum droht, zu vermeiden.

nisses aufgedeckt ist, dann aber als ein bloßer falscher Schein in nichts zerfällt.

Bei der einen oder anderen Auffassung würde z. B. die Wirkung der Gefangenschaft und des jus postliminii auf die patria potestas folgendermaßen zu bestimmen sein:

1) Durch Gefangenschaft des Vaters werden die Söhne sui juris. Durch die Rückkehr des Vaters aus der Gefangenschaft wird die patria potestas und alle anderen Rechte des Vaters neu begründet und zwar in dem Umfange u. s. w., wie wenn sie, was in der That unwahr ist, niemals aufgehoben gewesen wären.

2) Bei Gefangenschaft des Vaters werden die Söhne zwar vorläufig als selbständig behandelt. Kehrt aber der Vater zurück, so zeigt sich, daß sie in der That nicht selbständig waren, und daher ist jeder Erwerb u. s. w. als von filiifamilias gemacht zu behandeln.

Es ist einleuchtend, daß die zweite Construction die bei weitem befriedigendere ist. Sie operirt nicht mit der Fiction wie die erste. Bei ihr werden nicht erst Rechte aufgehoben, um später in genau derselben Weise, wie sie früher bestanden, wiederhergestellt zu werden, sondern das ganze Verhältniß ist überaus einfach: Ein Recht ist in der Schwebe und bis zur Entscheidung wird provisorisch die Sache so behandelt, als wäre es vorhanden (respective nicht vorhanden): Pendenz der Rechte mit provisorischer Regelung[1]). In

1) Eine ähnliche Auffassung bei Windscheid, Recens. zu Fitting's oben cit. Schrift, Kritische Zeitschrift f. Rechtswissensch. Bd. 4. Heidelberg 1857. S. 37: „Der rechtliche Zustand .... ist (in gewissen Fällen) gleich jetzt vollständig bestimmt, und unterliegt nur einer möglichen späteren, aber sich auf den Anfang zurückerstreckenden Wiederaufhebung. Also muß in der Begriffsbestimmung (der Rückziehung) das urgiert werden, daß die eigentliche rechtliche Natur eines Zustandes erst durch einen späteren Umstand offenbart werde." Wenn die eigentliche Natur ungewiß ist, so erscheint eben dadurch der schon jetzt bestehende Zustand als eine provisorische Regelung.



der That hat das römische Recht diese letztere Auffassung anerkannt. In der schon oben citirten L. 57. pr. D. (7. 1) heißt es von dem Usussfruct.: mansisse fructus jus integrum ex postfacto apparuit. Also provisorisch wird der Usufructur, dem die Proprietät legirt ist, als Eigenthümer behandelt. Wenn aber das Testament durch die Querel rescindirt wird, so zeigt sich, daß er in der That nicht Eigenthümer war und also auch seinen Usussfruct nicht durch confusio verloren hat.

Beim jus postliminii wird sogar einmal geradezu von einem Schwebezustande während der Dauer der Gefangenschaft gesprochen und daraus die Unfähigkeit der Söhne des Gefangenen zum Antritt einer Erbschaft (der ja nicht als provisorischer hätte geschehen können) gefolgert. L. 12. § 1. D. de captivis et de postliminio (49. 15). Bei der dominii impretatio endlich tritt gleichfalls in den oben citirten Stellen die gleiche Auffassung hervor.

Als Resultat der Erörterungen dieses Paragraphen ergiebt sich also der einheitliche Begriff der Pendenz der Rechte, welche bald mit einer provisorischen Regelung bis zur Entscheidung, bald ohne dieselbe auftritt.

III. Nachweis des Gesetzes der Simultanität aus ihren practischen Folgen.

§. 28. 1) Richtige Geschäfte.

Wenn wir es versuchen wollen, bei Rechtsgeschäften unter Lebenden die Simultanität des Abschlusses und der Wirkungen nachzuweisen, so können wir uns natürlich nicht darauf berufen, daß in sehr vielen Fällen die Simultanität thatsächlich stattfindet. Denn da dieselbe das Einfachste und Natürlichste ist, so erschiene es ganz ungerechtfertigt aus ihrem häufigen Vorkommen auf die Nothwendigkeit zu schließen. Beweiskraft haben nur die Fälle, in denen

entweder ein Rechtsgeschäft wegen Unmöglichkeit der Simultanität der Wirkungen nichtig ist, oder in denen die Simultanität stattfindet, obgleich man aus besonderen Gründen eine Trennung erwarten sollte.

Unter den so sich ergebenden Beweisen spielt die Theorie der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte eine wichtige Rolle. Da indeß diese Materien für uns nicht nur als Stützen der Simultanität in Betracht kommen, sondern vielmehr einen Hauptgegenstand dieser Abhandlung bilden, während umgekehrt die Simultanität, deren Bedeutung damit freilich keineswegs erschöpft ist, hier vornehmlich als Mittel die Wirkungen des dies und der Bedingung zu erkennen und zu begründen erörtert wird, so erscheint es angemessen, hier zunächst nur die den Lehren über dies und Suspensivbedingung nicht angehörenden Beweise beizubringen, dagegen die Wirkungen des Anfangstermins und der Bedingung später gesondert zu besprechen. Stimmen die dann sich ergebenden beiderseitigen Resultate zusammen, so werden beide Beweise sich gegenseitig noch mehr befestigen.

Mit der hiernach gegebenen Beschränkung wende ich mich zunächst zu den Hauptfällen der ersten Kategorie, in denen das Geschäft wegen Unmöglichkeit der Simultanität der Wirkungen nichtig ist, jedoch ohne Anspruch auf Vollständigkeit, ja sogar absichtlich manche erst später zu erörternde oder umfangreichere Untersuchungen erfordernde Fälle übergehend.

1) Eine Acceptilation ist nur möglich in Beziehung auf eine Schuld, welche schon im Moment der Acceptilation besteht. Dieser Grundsatz ist mit möglichster Deutlichkeit ausgesprochen in

L. 13. § 9. D. de accept. (46. 4) Ulp. L. 50. ad Sabinum. Qui ita stipulatur a fidejussore: quod Titio credidero, fide tua esse jubes? deinde, antequam crederet, acceptum fecit fidejussori, reus non liberabitur, sed quandoque ei creditum fuerit, tenetur; nam et si fidejussorem non ante

liberatum esse credimus, quam cum fuerit creditum reo, ***non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio ejus est, liberari potuit.***

Durch die mit dem **fidejussor** abgeschlossene Acceptilation wird bekanntlich auch der Hauptschuldner befreit und zwar selbst dann, wenn er nicht **verbis** obligirt ist [1]. Es müßte demnach, wenn die Wirkung der Acceptilation von der Vornahme derselben getrennt werden könnte, wenn also eine anticipirende Acceptilation möglich wäre, der Ausspruch erwartet werden, daß auch der Hauptschuldner, unmittelbar nach Empfang des Darlehens liberirt werde. Der Jurist entscheidet aber, dem Grundsatz der Simultanität entsprechend, daß keine Befreiung stattfinde, und giebt ausdrücklich die sonst mangelnde Simultanität als den Grund seiner Entscheidung an. „**Non tamen reus etc.**"

Es ist nicht möglich, schon an dieser Stelle die Gründe zu widerlegen, welche Windscheid, Wendt und Eisele für ihre gegentheilige Ansicht aufgestellt haben. Dieselben greifen tief in die Wirkungen befristeter und bedingter obligatorischer Verträge ein und können daher nur im Zusammenhang mit diesen Lehren behandelt werden. Ein von Karlowa aus L. 32. § 23. D. de don. i. v. et ux. (24. 1) entnommenes Gegenargument dagegen ist schon hier zu berühren.

Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici donationem effectum habituram. ut puta uxori acceptum tulit donationis causa quod debeat: potest dici pendere acceptilationem non ipsam sed effectum ejus.

Karlowa [2] findet in der Stelle den Ausspruch, daß die Acceptilation sofort ein bindendes Geschäft sei, aber erst im Moment des Todes (in Folge der oratio Divi Severi) die Tilgung der

---

[1] L. 13. § 7. ht. (46. 4.)

[2] Rechtsgeschäft S. 48.

Schuld zur Folge habe. In dem letzteren Punkte kann ich ihm nicht folgen, glaube vielmehr, daß in Folge der Acceptilation ein Schwebezustand eintritt, während dessen ungewiß ist, ob die Obligation noch besteht oder aufgehoben ist, so daß also das Eintreten der Voraussetzungen der oratio declaratorische Bedeutung hat. Dafür spricht neben der Ausdrucksweise der Stelle namentlich die Analogie der schenkhalber zwischen Ehegatten stattfindenden Eigenthumstradition. Wie später ausführlich nachgewiesen werden wird, überträgt eine solche Tradition, wenn sie unbedingt ist, sofort pendentes Eigenthum, so daß also, wenn die Voraussetzungen der oratio später eintreten, klar wird, daß der beschenkte Ehegatte schon beim Traditionsact Eigenthümer geworden ist. Die Acceptilation ist nun bekanntermaßen stets mit Nothwendigkeit unbedingt und unbefristet (was auch in der Stelle durch die Worte „pendere acceptilationem non ipsam“ angedeutet wird). Es tritt also auch ihre Wirkung sofort als schwebende ein.

2) Wegen ihrer contractsähnlichen Natur mag auch die Litiscontestation hier angeführt werden. Dieselbe konnte genau wie die Acceptilation nur im Moment der Vornahme eine Wirkung üben. Existirte also in diesem Moment das eingeklagte Recht noch nicht, so war die L. C. nichtig und entbehrte der consumirenden Kraft.

L. 35. D. de jud. (5. 1). Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit: *judicium vero, antequam* aliquid debeatur, non posse.

3) Wenn ein Erbschaftssclave, bevor die Erbschaft angetreten ist, einen Ususfruct stipulirt, so kann die Forderung nicht sofort entstehen. Daß nämlich die hereditas jacens (falls man derselben überhaupt juristische Persönlichkeit beilegt) nicht die Forderung auf

einen für sie bestimmten und mit ihrem Untergang d. h. also mit dem Antritt des Erben erlöschenden Usufruct erhalte, werden selbst die energischsten Verfechter der juristischen Persönlichkeit derselben zugeben. Daß aber die Forderung auf einen dem zukünftigen Erben zu bestellenden Usufruct nicht sofort entsteht, ist gleichfalls, selbst für den Vertheidiger der juristischen Persönlichkeit der hereditas jacens, gewiß, weil, bevor es sicher ist, wer Erbe sein wird, eine Usufructsforderung, welche je nach der Person des künftigen Usufructuars einen ganz verschiedenen Inhalt hat, nicht existiren kann. Dagegen würde einer Entstehung der Usufructsforderung mit Antretung des Erben nichts entgegenstehen, wenn überhaupt eine Trennung von Geschäft und Wirkung möglich wäre. Die vaticanischen Fragmente § 55 aber, sowie die gleichlautende L. 26. D. de stip. serv. (45. 3) erklären die Stipulation für nichtig und zwar selbst dann, wenn sie bedingt, die Absicht der Parteien also entschieden auf die Zukunft gerichtet war.

Diese Entscheidung, schon an und für sich voll beweisend, wird aber noch schlagender durch ein Doppeltes. Erstens führt die Stelle als Grund der Entscheidung selbst an, daß die Kraft der Stipulation, d. i. die verbindliche Wirkung derselben, die obligatio, aus der Zeit der Stipulation stammen müsse, daß also Simultanität nothwendig sei (quia ex praesenti vires accipit stipulatio).

Zweitens erklärt sie das legatum ususfructus an dem servus hereditarius aus dem ausdrücklich angeführten Grunde für gültig, weil hier (wie bei Legaten überhaupt, worüber unten) die Simultanität nicht nöthig sei und wegfalle (quia dies ejus non cedit statim).

Vat. Fr. § 55. cit. = L. 26. D. (45. 3). Ususfructus sine persona esse non potest; et ideo servus hereditarius inutiliter usumfructum stipulatur. legari autem ei posse (usum fructum) dicitur, quia dies ejus non cedit statim: stipulatio autem pura suspendi non potest. Quid ergo, si

sub condicione stipuletur? ((videamus, ne)) nec hoc casu valeat (stipulatio), quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit [1]).

Auch diese Stelle ist also wie die bei der Acceptilation citirte in doppelter Beziehung beweisend, einerseits durch eine ausdrückliche Betonung der Simultanität, anderseits durch die beiden in derselben abgegebenen Entscheidungen.

4) Auf dem Gebiete des Familienrechts erscheint uns die Unmöglichkeit einer Trennung von Geschäft und Wirkung so selbstverständlich, daß meines Wissens noch niemals die Möglichkeit eines anticipirenden Begründens oder Aufgebens von Familienrechten behauptet ist. Ich fürchte daher nicht, hier auf Widerspruch zu stoßen, obgleich es abgesehen von einem später zu berührenden Punkte der Bedingungslehre an einem Quellenzeugniß fehlt.

5) Auf dem Gebiete des Erbrechts dagegen lag der Gedanke einer Trennung von Geschäft und Wirkung deshalb nahe, weil wir im Testamente ein erbrechtliches Geschäft besitzen, das eine solche zuläßt. Dennoch ist auch hier außerhalb des Gebietes testamentarischer Verfügungen die Simultanität streng festgehalten, indem die anticipirende Antretung oder Ausschlagung, welche ja erst im Moment der nachfolgenden Delation hätte wirken können, für unmöglich erklärt wurden. L. 13. pr. L. 21. § 2. L. 27. D. de acqu. vel om. her. (29. 2). L. 12. C. eodem (6. 30). Die bonorum possessio intra alienam vicem ist erst später zu besprechen.

6) Daß die Simultanität bei Mancipation und in jure cessio in unbeschränkter Geltung war, wird schon durch die Form der bei ihnen vorkommenden, auf die Gegenwart gestellten Rechtsbehauptungen höchst wahrscheinlich und erlangt durch das Fehlen jeder Spur einer anticipirenden Mancipation oder in jure cessio sowie

---

1) Die einfach eingeklammerten Worte fehlen in den Vat. Fragm., die doppelt eingeklammerten in der L. 26 cit.



durch die bei beiden Geschäften angenommene Unzulässigkeit von Bedingung und Anfangstermin eine weitere Bestätigung.

Fragm. Vat. § 49. Paulus: Ex certo tempore (cum) legari possit, (ita) an in jure cedi vel an adjudicari possit, variatur. Videamus, ne non possit; quia nulla legis actio prodita est de futuro.

Zweifel könnte nur die L. 18. D. comm. praed. (8. 4) erregen, welche besagt, daß die Injurecessionen einer Prädialservitut von Seiten der mehreren Miteigenthümer des dienenden Grundstücks zu verschiedenen Zeiten vorgenommen werden können, und daß alsdann die Wirkung, d. i. die Entstehung der Prädialservitut, erst mit der letzten Injurecessio eintrete. Allein schon Köppen [1]) hat überzeugend nachgewiesen, daß die vorangehenden Injurecessionen bis zur Vornahme der letzten noch keine vollendeten Rechtsgeschäfte sind, sondern einstweilen nur durch den fortdauernden Willen der Parteien aufrecht erhalten und im Moment der letzten Cession vollendet, d. h. durch den fortdauernden Willen der Parteien abgeschlossen werden. Hierfür spricht namentlich, daß Leben und fortdauerndes Miteigenthum aller Cedenten bis zum letzten Cessionsact erfordert wird, daß ferner gesagt wird, die letzte Cession mache die übrigen fest, und es sei gerade so, als hätten im Moment der letzten Cession alle cedirt.

Paulus. Receptum est, ut plures domini et non pariter (cedentes) servitutes imponant vel adquirant, ut tamen ex *novissimo actu etiam superiores confirmentur perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent*, et ideo *si is qui primus cessit vel defunctus sit vel* (alio genere vel alio modo) [2]) *partem suam alienaverit*, *post deinde socius*

---

[1]) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Ihering's Jahrbücher. Bd. 11. S. 236 ff.

[2]) Die eingeklammerten Worte sind m. E. als unächtes Glossem zu streichen. Mommsen will sie beibehalten und nach genere die Worte einschieben „in

cesserit, nihil agetur: cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur, sed, *perinde habetur, atque si, cum postremus cedat, omnes cessissent,* igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. idem juris est et si uni ex dominis cedatur deinde in persona socii aliquid horum acciderit. ergo et ex diverso si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt: tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere (possunt) [1]) vel diversis temporibus possint. et ideo non potest uni cedi vel unus cedere. idemque dicendum est et si alter cedat alter leget servitutes. nam si omnes socii legent servitutes, et pariter eorum adeatur hereditas, potest dici utile esse legatum: si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est [2]).

---

bona ejus successum sit"; allein dadurch wird die unlogische Ausdrucksweise, welche den Tod (und etwa die Arrogation) als modi alienationis betrachtet, welchen alii modi entgegengestellt werden, nicht beseitigt, und zudem der Satzbau verschlechtert, da das Subject „qui" nur auf das erste und dritte, nicht aber auf das zweite Verb passen würde. Was Mommsen gegen die Streichung allein der Worte „alio genere" sagt, ist richtig, trifft aber unseren Vorschlag durchaus nicht. Endlich spricht Tipucitus für unsre Ansicht, welcher einfach sagt: *μετὰ τὸ τελευτῆσαι τὸν παραχωρήσαντα ἢ ἐκποιῆσαι τὸ ἴδιον μέρος.*

1) Die Streichung des „possunt", welches wegen des gleich folgenden „possint" leicht durch irrthümliches Abschreiben entstanden sein kann, erscheint mir der von Mommsen vorgeschlagenen Conjectur, *quod* dare facere possunt, *ut* vorzuziehen, sowohl weil sie leichter, als weil sie befriedigender ist. Einen noch prägnanteren Sinn ergäbe allerdings Huschke's Conjectur (Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß. Bd. 4. S. 305 ff.), „quo, *quod una* facere possunt, vel diversis etc.", allein dieselbe erscheint mir zu gewaltsam.

2) Auch der letzte Satz ist vollständig mit unseren Ausführungen im Einklang. Hat der A. cedirt und der B. legirt, so ist die Cessionserklärung des A. ein unvollendetes Geschäft, das sich erst im Moment der Wirksamkeit des Legates

Die Stelle enthält also nicht eine Ausnahme von der Simultanität, sondern von dem Requisit der Einheit der Handlung [1]. Der Grund dieser erst in späterer Zeit zugelassenen Ausnahme (receptum est) von dem Requisit der Einheit der Handlung liegt offensichtlich in Folgendem. Wegen der Untheilbarkeit der Servituten konnte die erste Injurecessio nicht sofort wirken, nach dem Princip der Simultanität aber war auch ein Aufschub der Wirkung nach dem Geschäftsabschluß ausgeschlossen. Man wählte also die Auffassung der ersten Injurecession als eines unvollendeten Geschäftes, weil man sonst die andre Alternative, die Nichtigkeit, hätte wählen müssen [2].

---

durch den nun noch fortdauernden Willen der Parteien (unter den oben angegebenen Voraussetzungen) vollendet. Haben dagegen beide legirt, so liegen abgeschlossene Geschäfte vor, deren untheilbare Wirkung nur im Moment des dies cedens ins Leben treten kann und also gar nicht zu Stande kommt, wenn der dies beider Legate nicht gleichzeitig cedirt.

1) Nicht widersprechend ist L. 11. D. de serv. praed. rusticorum (8. 3). Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi, ergo suptili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur; benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti jure cesso non posse; denn hier ist nicht gesagt, daß die letzte Cession den Cessionar auch ohne Willen der früheren Cedenten zum Servitutinhaber mache, sondern nur daß inzwischen die actio negatoria früheren Cedenten durch exceptio doli entkräftet sei, entsprechend dem Grundsatz, daß es dolos ist, sich mit der eigenen Veräußerungserklärung, auch wenn sie den beabsichtigten Erfolg noch nicht gehabt hat, in Widerspruch zu setzen.

2) Die L. 8. § 2. D. de opt. vel elect. leg. (33. 5) wird häufig mit der L. 18. cit. zusammengestellt. Ich könnte mir dies gefallen lassen, da sie abgesehen von der am Schluß aus Billigkeitsrücksichten angenommenen späten Abweichung unsre Ausführungen lediglich bestätigen würde. Allein ich halte diese Zusammenstellung gleichwohl nicht für richtig. Beim legatum optionis vel electionis gilt jeder Gegenstand unter der Bedingung legirt, daß der Legatar ihn wählen werde. Es handelt sich also in L. 8. § 2. lediglich darum, ob der Testator bei Aussetzung eines Wahlvermächtnisses an zwei Legatare auch an eine getrennte Wahl

7) Zum Schluß mag hier noch darauf hingewiesen werden, daß der Ausschluß von Anfangstermin und Bedingung bei einer ganzen Reihe von Geschäften, nämlich der Emancipation, Adoption, Legitimation, Eheschließung, hereditatis aditio, Manumission unter Lebenden und Servitutenbestellung unter Lebenden, sich theilweise allein, theilweise neben anderen Gründen aus dem Princip der Simultanität erklärt. Die Einzelerörterung dieses Punktes muß indessen der Darstellung der Wirkungen befristeter und bedingter Geschäfte vorbehalten bleiben.

§. 29. 2) Pendente Rechte.

Wir betrachten hier eine Reihe von Geschäften, bei denen zwar wie in den Fällen des vorigen Paragraphen im Moment des Abschlusses eine Voraussetzung der Wirksamkeit fehlt, aber dennoch das Gesetz der Simultanität gewahrt und die Nichtigkeit des Geschäftes vermieden ist. Es geschieht dies durch Annahme eines Pendenzverhältnisses. Die Wirkung erfolgt sofort als schwebende, von dem zukünftigen Eintritt des Erfordernisses abhängige. Tritt also das noch ausstehende Erforderniß der Wirksamkeit ein, so wird klar, daß die Wirkung dem Princip der Simultanität gemäß schon zur Zeit des Abschlusses des Geschäftes ins Leben getreten ist. (Wahrung der Simultanität durch Annahme eines Pendenzverhältnisses).

Durch die Erkenntniß dieses Grundes der Pendenz wird bestätigt, daß dieses Verhältniß gerade so, wie oben im §. 27 geschehen, aufgefaßt werden muß; zugleich aber zeigt sich, weshalb in einigen der Fälle des vorigen Paragraphen die betreffenden

---

gedacht habe. Principiell wird dies mit Recht verneint. Deshalb muß bei verschiedenzeitigen Wahlerklärungen der Wille des Erstwählenden bis zur letzten Wahl fortdauern, wovon denn aus Billigkeitsrücksichten eine Ausnahme für den Fall des Todes und der Willensunfähigkeit des Erstwählenden statuirt wird.

Geschäfte nicht durch ein gleiches Mittel aufrecht erhalten werden konnten. Die sofortige Aufhebung einer noch nicht existirenden Obligation durch Acceptilation oder Litiscontestation ist weder als gewisse noch als ungewisse denkbar. Was jetzt noch nicht existirt, kann jetzt noch nicht aufhören zu existiren — das gilt auch von einem zwar ungewissen, aber, wenn eintretenden, sofort eintretenden Untergang. Aus gleichem Grunde ist auch die sofortige Wirkung einer in jure cessio oder mancipatio vor Erwerb des Rechtes durch den Veräußerer auch als schwebende undenkbar.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen Geschäften, bei denen die Simultanität bei anfänglichem Mangel eines Erfordernisses durch inzwischen angenommene pendente Rechte hergestellt wird.

I. Schon oben haben wir ein Beispiel kennen gelernt. Ein im Nießbrauch stehender Sclav erwirbt durch Kauf und Tradition zum mindesten in dem Falle, daß der Kaufpreis creditirt ist, schon jetzt für den Nießbraucher, falls die Zahlung später aus dessen Vermögen erfolgt, und umgekehrt schon jetzt für den Proprietar, wenn später aus dessen Vermögen gezahlt wird. Inzwischen ist das Eigenthum ungewiß, dominium pendens; die spätere Zahlung klärt auf, ob in der Zeit zwischen Tradition und Zahlung der Eine oder der Andere Eigenthümer gewesen ist (vergl. S. 232).

II. Auf der anderen Seite geben gerade die Tradition und für das ältere Recht die Mancipation, sofern dieselben auf Grund eines Kaufes erfolgen und Creditbewilligung (oder Satisfaction? darüber später) nicht stattgefunden hat, wegen der bekannten Abhängigkeit des Eigenthumsüberganges von der Zahlung des Kaufpreises zu einem Bedenken Veranlassung, und dasselbe hat auch bereits zu einer Controverse zwischen Leist, Huschke, Exner [1]) auf der

[1]) Leist, Mancipation und Eigenthumstradition, namentlich S. 50, S. 80 Anm. 1, S. 79 Anm. 5, S. 215; Huschke, Nexum S. 173; Exner, Tradition S. 353.

einen und Bechmann [1]) auf der anderen Seite geführt, indem die Ersteren die Rückziehung des Erwerbes auf den Moment der Mancipation oder Tradition behaupten, während der Letztere dieselbe entschieden in Abrede stellt.

1) Prüfen wir die Frage zunächst nach den Quellen, so sind m. E. zwei Stellen entscheidend, welche ebenfalls einen von einem servus fructuarius abgeschlossenen Kauf betreffen:

L. 43. § 2. D. de acq. rer. dom. (41. 1) Gajus l. 7 ad ed. prov. Quum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem emit, et ei traditus sit, *antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem acquisierit;* et quum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, *intelligitur fructuarii homo fuisse;* quum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, *proprietarii ex postfacto fuisse videtur.*

L. 43. § 10. D. de aed. ed. (21. 1) Paulus l. 1 ad ed. aed. curul. Interdum etiamsi pura sit venditio, propter juris condicionem in suspenso est, veluti si servus, in quo alterius ususfructus, alterius proprietas est, aliquid emerit: nam *dum incertum est, ex cujus re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum* . . . . .

Daß beide Stellen dominium pendens, also wahre Rückziehung annehmen, darüber kann nach der ebenso präcisen als klaren Ausdrucksweise kein Zweifel obwalten. Beide aber erwähnen keine Creditirung des Kaufpreises. Fände nun überhaupt, wie Bechmann meint, bei Nichtcreditirung des Kaufpreises der Eigenthumsübergang erst bei der Zahlung und ohne Rückwirkung statt, so könnte er doch auch bei dem von einem servus fructuarius ohne Creditbewilligung geschlossenen Kaufe nicht früher stattfinden. Daß in diesem Falle noch ein weiteres Moment der Ungewißheit

[1]) Der Kauf nach gemeinem Rechte I. S. 209 ff.

hinzukommt, kann doch nicht bewirken, daß die Wirkung noch früher stattfinde, als sie ohne dieses Moment der Ungewißheit stattfinden könnte. Mit anderen Worten auch in diesem Falle könnte nach der Ansicht Bechmann's ein dominium pendens nur bei Creditbewilligung, nicht aber ohne solche vorhanden sein, und die beiden Juristen, welche gerade angeben wollen, wann das Eigenthum in der Schwebe sei, hätten sich also einer schweren Unterlassung schuldig gemacht, indem sie die wichtigste Voraussetzung des Schwebeverhältnisses nicht erwähnten. Waren dieselben vielleicht in der Lage stillschweigend die Creditirung vorauszusetzen? Gewiß nicht. Und selbst, wenn man das annehmen wollte, es würde bezüglich der Stelle von Gajus nichts helfen, da dieser Jurist, wie auch Bechmann[1]) annimmt, den Satz, daß bloßes Creditiren zum Eigenthumsübergange genüge, noch nicht kannte.

L. 53. D. de contr. emt. (18. 1) Gaj. l. 28 ad ed. prov. Ut res emptoris fiat nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fidejussor datus sit. quod autem de fidejussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, (ut) proinde sit, ac si pretium solutum esset.

Daß Gajus so nicht schreiben konnte, wenn auch die bloße Creditbewilligung der Zahlung gleichgestellt war, leuchtet ein; dann aber ist sein Ausspruch in L. 43. § 2. D. de acqu. rer. dom. (41. 1) völlig beweisend.

2) Und selbst bei Paulus liegt die Sache wohl nicht anders; denn ich glaube, wenn auch bei dem Zustande unserer Quellen nicht streng beweisen, doch überwiegend wahrscheinlich machen zu können, daß überhaupt der Satz, daß bloße Creditbewilligung bezüglich des Eigenthumsüberganges der gekauften Sache der Zahlung gleichsteht,

---

[1]) a. a. O. S. 577.

der Zeit der classischen Juristen noch nicht angehört. Die Gründe für diese Annahme sind die folgenden:

a. Die große Mehrzahl der bezüglichen Pandektenstellen erwähnt nur die Zahlung und die Satisfaction:

Gajus führt in der oben angeführten Stelle aus, die fidejussoris datio stehe der Zahlung gleich, was aber von der fidejussio gelte, sei auf jede satisfactio zu beziehen, wie pignoris oder expromissoris datio.

Ulpian sagt in L. 11. §. 2. D. de act. emt. vend. (19. 1), die Tradition mache den Käufer zum Eigenthümer (oder verpflichte eventuell den Verkäufer zur Eviction), „si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum."

Derselbe Jurist erwähnt auch in L. 12. § 5. und L. 25. § 1. D. de usufr. (7. 1) nur die Satisfaction, nicht die Creditirung.

Paulus beantwortet in L. 38. § 2. D. de lib. causa (40. 2) die Frage, ob der vom Käufer vor Zahlung des Kaufpreises manumittirte Sclav frei werde, durch den Satz, „der Sclav sei auch vor Zahlung des Kaufpreises in bonis des Käufers, wenn dem Verkäufer „pro pretio satisfactum est."

Der Versuch diese Aussprüche dadurch zu erklären, daß der Ausdruck satisfactio hier auch die bloße Creditbewilligung mitumfasse, muß als völlig mißlungen bezeichnet werden. Er steht nicht nur mit der ursprünglichen Wortbedeutung, sondern auch mit dem Sprachgebrauch im entschiedensten Widerspruch. Bekanntlich war die actio pigneraticia directa begründet, wenn die Pfandschuld bezahlt war aut eo nomine satisfactum [1]), so daß also, wenn wir unter satisfactio das Crediterhalten mitverstehen wollten, das ungeheuerliche Resultat entstände, daß der Faustpfandschuldner, der Credit erhalten, das Pfand zurück verlangen könnte. Zu verkehrten

---

[1]) L. 9. § 3. L. 11. D. de pign. act. (13. 7) L. 11. C. eod. (4. 24); vgl. Lenel, Edictum perpetuum. S. 201.

Resultaten würde die behauptete Terminologie auch bezüglich der actio hypothecaria führen, was keiner näheren Darlegung bedarf [1]). Sodann findet sich meines Wissens nirgends, auch nicht bei den späteren Juristen, irgend eine Andeutung darüber, daß satisfacere (durch veränderten Sprachgebrauch) auf das Crediterhalten mitbezogen werde. Die drei Lexika wenigstens enthalten nirgends eine Spur einer solchen Bedeutung des Wortes [2]). Endlich zeugen die sogleich genauer zu behandelnden § 41. J. de rer. div. (2. 1) und L. 19. D. de contr. emt. (18, 1) direct gegen einen solchen Sprachgebrauch, indem die ersten die Creditbewilligung mit klaren Worten als etwas von der satisfactio Verschiedenes behandelt, und die letztere sie geradezu von dem Gebiete der Satisfactio ausschließt: „*fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione*" [3]).

Man muß also anerkennen: Noch Ulpian und Paulus nennen als Ersatz der Zahlung bei der kaufrechtlichen Tradition lediglich die satisfactio, nicht, auch nicht implicite, die Creditbewilligung, und zwar Paulus in einem Responsum, das, wenn zu seiner Zeit die Creditbewilligung schon zum Eigenthumsübergang genügt hätte, geradezu für falsch erklärt werden müßte, weil es die ganz allgemein gestellte Frage in viel zu engen Grenzen bejaht.

b. Keinen Widerspruch zu dem Gesagten, sondern richtig verstanden eine Bestätigung enthält die

L. 5. § 18. D. de tribut. act. (14. 4). Ulpianus l. 29. ad edictum. Sed si dedi mercem meam vendendam et extat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si qui-

---

1) Vergl. z. B. L. 6. § 1. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6.)

2) Aeltere Argumentationen aus L. 9. § 3. D. de pign. act. (13. 7) und anderen Stellen sind von Leist genügend widerlegt. Die nuda conventio in L. 9. § 3. ist formloser Erlaß der Schuld oder formloser Verzicht auf das Pfandrecht.

3) Die Beweiskraft bezüglich der Terminologie wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Stelle, wie alsbald zu zeigen, interpolirt ist.

dem in creditum ei abit (abii?) [1]), tributio locum habebit: enimvero si non abit (abii?) [1]), quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fidejussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit, vindicare me posse.

Der Schluß der Stelle bestätigt zunächst, daß Zahlung, Bürgenstellung oder eine andere satisfactio zum Eigenthumsübergang der verkauften Sache erforderlich ist. Der erste Theil der Stelle aber enthält keine bloße Creditbewilligung, sondern die Verabredung, daß der Kaufpreis als Darlehen gegeben sein soll, so daß er also als gezahlt und wieder vorgeliehen betrachtet wird, worin eine wahre satisfactio für den Kaufpreis liegt. Daß diese Interpretation in der That die richtige Bedeutung des in creditum alicui abire (sc. ex causa emtionis) trifft, kann nach

L. 3. § 3. D. ad S. C. Maced. (14. 6) keinem Zweifel unterliegen. ... etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi ....

c. Auch die bekannte Institutionenstelle [2]) ist sehr wohl damit im Einklang, ja deutet vielleicht darauf hin, daß es sich bei der Erstreckung des Zwölftafelsatzes auf die Creditbewilligung nicht um schon seit der Zeit der classischen Juristen anerkanntes, sondern um neues Recht handelt; denn erst nachdem das Erforderniß der Zahlung oder Satisfaction vollständig vorgetragen und aus den zwölf Tafeln und dem jus gentium begründet ist, werden die Worte angeschlossen „sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emtoris fieri“ [3]).

d. Die einzige Beweisstelle, welche gegen die unter a bis c

---

1) Durch die Basiliken unterstützte Conjecturen Mommsens.

2) § 41. J. de rer. div. (2. 1.)

3) Noch mehr tritt dies bei Theophilus hervor.

entwickelten Gründe zu sprechen scheint, die L. 19. D. de contr. emt. (18. 1) von Pomponius, also einem etwas früheren Zeitgenossen des Gajus, welcher Letztere doch den fraglichen Rechtssatz noch nicht kannte, verräth hierdurch und auch äußerlich nicht undeutlich die Hand der Compilatoren; denn es bedarf kaum des Hinweises darauf, daß das Fragment gerade in dem auf die Creditirung bezüglichen Zusatz vel fidem etc. aus der Construction fällt, während es ohne denselben vortrefflich redigirt erscheint:

Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum (vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione).

Aus allen diesen Gründen wird es als wahrscheinlich bezeichnet werden dürfen, daß auch Paulus die Ausdehnung des Zwölftafelsatzes auf die bloße Creditbewilligung noch nicht kannte; dann aber würde sich sein Ausspruch in der oben angeführten L. 43. § 10. D. de aed. ed. (21. 1), nach welchem dominium pendens, also sog. Retrotraction anzunehmen ist, dem Fragmente des Gajus als eine zweite voll beweisende Gesetzesstelle hinzugesellen.

3) Als unterstützendes Moment möchte ich ferner die Ausdrucksweise der in Betracht kommenden Quellenstellen bezeichnen. In keiner einzigen finden sich, wo dazu Gelegenheit war, die bei einer Ungewißheit ohne Rückziehung üblichen Ausdrücke „tunc, cum," oder „non prius, quam" oder „non statim, sed si," sondern stets werden Wendungen gewählt, welche, wenn sie nicht die Rückziehung direct bestätigen (wie in den beiden Stellen von Gajus und Paulus) sie doch andeuten, mindestens offen lassen:

„res venditae *non alias* desinunt esse meae, quamvis vendidero, *nisi aere soluto* etc." L. 5. § 18. D. (14. 4.)

„*non aliter* fit accipientis, *quam si* pretium nobis solutum sit etc." L. 19. D. (18. 1.)

„*non aliter* emtori acquiruntur, *quam si* is venditori pretium solverit.“ § 41. J. (2. 1.)[1])

„*si modo* pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum.“ L. 11. § 2. D. (19. 1.)

Vielleicht erscheint dieser Grund auf den ersten Anblick wenig erheblich. Aber der Fortgang unserer Untersuchung wird zeigen, daß die römischen Juristen sich gerade in der Frage „Rückziehung oder nicht?“ im allgemeinen einer sehr correcten Sprache bedienen.

4) Zum Schluß endlich mag darauf hingewiesen werden, daß unsere Ansicht sich auch practisch in weit höherem Maße als die Bechmann'sche empfiehlt; denn sie ermöglicht dem Käufer in der Zwischenzeit zwischen Tradition der Waare und Zahlung des Kaufpreises Dispositionen über die Sache zu treffen, welche vollgültig sind, wenn die Zahlung später erfolgt, und sie schneidet umgekehrt dem Verkäufer die Möglichkeit ab, in der Zwischenzeit durch seine Dispositionen das Recht des Käufers für den Fall zu beeinträchtigen, daß die Zahlung des Kaufpreises später erfolgt.

Ich halte es nach allen diesen Argumenten nicht für gewagt, mich der Ansicht anzuschließen, welche in allen den Fällen, in denen der Erwerb des Eigenthums aus der Tradition (Mancipation) auf Grund eines Kaufes um des Kaufpreises willen ungewiß ist, dominium pendens annimmt, so daß also die Zahlung klar macht, daß der Käufer durch die Tradition (Mancipation) sofort Eigenthümer wurde[2]). Dann aber ist die Wirkung der kaufrechtlichen

[1]) Erst in dem nach meiner Meinung die Neuerung enthaltenden Zusatz, ist die Fassung, wenn auch nicht widersprechend, doch minder präcis.

[2]) Ob nicht in frühester Zeit bei der Mancipation die Preiszahlung als causa efficiens des Eigenthumsüberganges betrachtet wurde, so daß also damals der Eigenthumsübergang erst mit der Preiszahlung (ohne Rückwirkung) eingetreten wäre, kann beim Fehlen jeden Quellenbeweises nur im Zusammenhange mit der gesammten Entwicklung der Mancipation geprüft werden. War es wirklich der Fall, war also damals — wie ich auf Grund der vortrefflichen Unter-

Tradition (Mancipation) nicht ein Grund gegen, sondern vielmehr für die Annahme des Principes der Simultanität.

III. Wenn Jemand die Summe stipulirt, welche er dem Promittenten als Darlehen geben werde, so fehlt es gleichfalls bis zum Empfang des Geldes an einem Erforderniß der Obligation, denn das Zustandekommen einer solchen ist ja von der Auszahlung des Geldes abhängig. Auch hier wird also durch das Princip der Simultanität, welches die Entstehung der Obligation im Momente des Stipulationsactes verlangt, die Annahme eines pendenten Rechtes erfordert, wenn nicht die ganze Stipulation für immer nichtig sein soll. Zum Beweise, daß das römische Recht den angegebenen Weg wirklich eingeschlagen, dienen die L. 18. § 3. i. f. D. de stip. serv. (45. 3) und die L. 25. § 1. D. de usufr. (7. 1). In der ersten Stelle sagt Papinian, ein im Usufruct stehender Sclav, welcher stipulire: Quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dare spondes? erwerbe bald dem Usufructuar, bald dem Proprietar, jenachdem aus wessen Vermögen die Auszahlung erfolge; inzwischen sei es in der Schwebe, wer später aus jener Obligation werde klagen können: in pendenti est, quis ex stipulatu habiturus sit actionem. Wollte man aber etwa gegen die Beweiskraft dieser Stelle vorbringen, daß Papinian vielleicht nur den *zukünftigen* Erwerb der Obligation als ungewiß habe bezeichnen

---

suchungen *Leist's* und *Bechmann's*, wenn auch nicht in völliger Uebereinstimmung mit den Constructionen der genannten Gelehrten, annehme — die Mancipation in dem Sinne ein Realgeschäft, daß der Eigenthumsübergang in dem (allerdings durch die Parteien bewirkten) realen Austausch der Sache gegen Geld (nicht aber in dem Parteiwillen an sich) seine Ursache hatte, so bildet die veränderte Anschauung des späteren Rechts einen verstärkten Beweis für die Kraft des Princips der Simultanität. Durch die Anerkennung der mancipatio nummo uno, durch die Zulassung von Mancipationen ohne unterliegenden Kaufvertrag

wollen [1]), so wird dieser Einwand sofort durch die zweite der citirten Stellen widerlegt; denn dort wird unser Fall einer obligatio pendens völlig mit dem oben besprochenen dominium pendens gleichgestellt und der Erwerb ausdrücklich als ein (von der Zeit der Zahlung betrachtet) in der Vergangenheit liegender bezeichnet.

Ulp. L. 18. ad Sabinum....... Et Julianus libro trigesimo quinto Digestorum scripsit, *in pendenti esse dominium* ejus, et numerationem pretii *declaraturum, cujus sit;* nam si ex re fructuarii, *retro fructuarii fuisse. Idemque est et si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam; nam numeratio declarabit, cui sit acquisita stipulatio.*

Wenn hier, so ist natürlich bei jeder Stipulation einer erst auszuzahlenden Summe die Entstehung der Obligation als mit der Stipulation gleichzeitig anzunehmen [2]), woraus wieder, da die Obligation gleichwohl vom Zustandekommen des Darlehens abhängt, die Annahme einer bis zur Auszahlung schwebenden Obligation von selbst folgt.

IV. Einen ganz ähnlichen Fall enthält die L. 21. D. de solut. (46. 3), in welcher ebenfalls deutlich auf die Pendenz des Forderungsrechtes hingewiesen wird.

---

u. s. w. verlegte sich der Schwerpunkt des Geschäftes in den Mancipationsact; der in demselben hervortretende Wille der Parteien erschien jetzt als wirkende Ursache, die Zahlung des Kaufpreises behielt nur noch die Bedeutung einer condicio juris; mit der Auffassung des Parteiwillens als Ursache trat das Princip der Simultanität in Wirksamkeit, um so leichter, als es sich in diesem Falle, wie wir oben gesehen haben, auch aus practischen Gründen empfahl.

1) Man darf sich dafür übrigens nicht auf das Futurum „habiturus sit“ berufen; denn daß die Klage erst in der Zukunft möglich ist, bleibt natürlich auch bei einer pendenten Obligation richtig.

2) Daß in dem von Ulpian besprochenen Falle noch ein weiteres aus der Person des stipulirenden servus fructuarius resultirendes Moment der Ungewißheit hinzukommt, kann natürlich die Entstehung der Forderung nicht in einem früheren Moment bewirken, als sie ohnehin entstanden wäre.

Paulus. Si decem stipulatus a Titio deinde stipuleris a Sejo, quanto minus ab illo consecutus sis: et si decem petieris a Titio, non tamen absolvitur Sejus: quid enim, si condemnatus Titius nihil facere potest? Sed et si cum Sejo prius egeris, Titius in nullam partem liberatur: incertum quippe est, an omnino Sejus debiturus sit: denique si totum Titius solverit, *nec debitor fuisse videbitur Sejus* quia condicio ejus deficit.

V. Viel Aehnlichkeit mit dem unter III. besprochenen Falle hat auch die fidejussio für eine zukünftige Schuld. Schon die Form ist nahe verwandt. „Quantam pecunium tibi dedero, tantam dare spondes? Quam pecuniam Titio dedero, fide tua esse jubes? Beide verborum obligationes sind ferner accessorische, für die Zwecke der Darlehensobligation geschaffene, nur daß im ersten Falle der Promissor selbst der Schuldner der Hauptobligation ist, während der Fidejussor für eine fremde Schuld haftet.

Schon durch diese Aehnlichkeit wird es wahrscheinlich, daß die Bürgschaft für eine zukünftige Schuld in unserer Frage ebenso wie die Stipulation einer erst auszuzahlenden Summe zu behandeln sei, und dies muß in der That behauptet werden. Auch die fidejussio für eine zukünftige Schuld erzeugt sofort eine schwebende Obligation, kommt die Hauptschuld später zu Stande, so war die Bürgschaftsschuld schon vom Momente der fidejussio an vorhanden, wird die Hauptschuld nicht contrahirt, so war der Bürge nie obligirt [1]).

Ich verhehle mir nicht, daß diese Ansicht der vermeintlichen Natur accessorischer Schulden widerspricht; aber die Behauptung,

---

1) Uebereinstimmend Fitting, Rückziehung S. 55—59; Dernburg, Pfandrecht. I. S. 520 ff.; Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Hannover 1870. S. 101—111.

daß ein accessorisches Recht nicht vor dem Hauptrecht existiren könne, ist ein ebenso unbegründetes als häufig gehörtes Dogma.

Der accessorische Character der Bürgschaftsschuld besteht lediglich darin, daß sie nicht um ihrer selbst willen, sondern allein für die Zwecke einer andern Obligation, um diese zu sichern, geschaffen ist. Daraus folgt allerdings mit Nothwendigkeit, daß wenn überhaupt keine Hauptschuld zu Stande kommt, nicht von einer Bürgschaft die Rede sein kann; ferner, daß mit dem völligen Untergang der Hauptobligation auch die Bürgschaftsschuld wegen Wegfalls ihres Sicherungszweckes erlöschen muß [1]; endlich, daß die Bürgschaft nichtig sein muß, wenn zur Zeit ihrer Eingehung die Hauptschuld schon völlig vernichtet war; nicht im mindesten aber kann daraus abgeleitet werden, daß auch für den Fall, daß die Hauptobligation später zu Stande komme, nicht schon vor der Hauptobligation eine Bürgschaftsschuld bestehen könne. Gerade im Gegentheil muß behauptet werden, daß durch ein solches früheres, unwiderruflich gesichertes (freilich noch vom Zustandekommen der Hauptobligation abhängiges) Bestehen der Bürgschaftsschuld der Sicherungszweck, d. h. also der accessorische Zweck der Bürgschaft, ganz besonders vollkommen erreicht wird.

Wie mir scheint, ist überhaupt die ganze hier bekämpfte Lehre nur aus der Vieldeutigkeit des Wortes accessorisch entstanden. Die Früchte sind Accessionen der Sache, sie entstehen aus ihr, aber sie können dieselbe überdauern und einen anderen Eigenthümer haben als die Hauptsache. Die Fidejussionsschuld ist accessorisch, aber sie entsteht nicht aus der Hauptobligation, kann nicht einen vom Gläu-

---

[1]) Bekanntlich giebt es von dem letzteren Satz einige Ausnahmen; denn die Verpflichtung des fidejussor kann fortbestehen, wenn die Hauptobligation durch Schuld des Bürgen oder restitutio in integrum aufgehoben wird. Allein dann verliert auch sofort die Verpflichtung des Bürgen ihren Sicherungscharacter, sie wird zur Ersatzobligation für den vom Bürgen verschuldeten oder doch ihm eher als dem Gläubiger zur Last fallenden Verlust der Hauptobligation.



biger der Hauptschuld verschiedenen Gläubiger haben und erlischt mit der Hauptschuld. Die Forderung auf eine einzelne Conventionalzinsrate ist accessorisch der Hauptschuld, aber sie entsteht nicht allein aus ihr (Vertrag) und kann die Hauptschuld überdauern, während die Forderung auf die Legalzinsrate mit der Hauptforderung erlischt [1]). Das Pupillartestament ist accessorisch dem väterlichen Testament (pars et sequela), es kann nicht vor dem väterlichen Testament errichtet werden, während die Bürgschaft für eine zukünftige Schuld eingegangen werden kann [2]).

Aus alledem erhellt, daß mit dem bloßen Begriff des Accessorischen nicht operirt werden darf. Man hat zu fragen: in welchem Sinne ist die Bürgschaft accessorisch? und da kann die Anwort nur so, wie oben angegeben lauten, wenn man nicht in die petitio principii „accessorisch ist die Bürgschaftsschuld, weil sie zu ihrer Entstehung oder ihrem Bestehen eine gegenwärtige Obligation voraussetzt“ verfallen will.

Selbstverständlich ist auch nach dem Gesagten, daß aus der Wortbedeutung des accedere „hinzutreten,“ also z. B. aus Stellen wie L. 1. D. de fidej. (46. 1). Omni obligationi fidejussor accedere potest, nichts gefolgert werden kann, zumal sie durch entgegengesetzte Ausdrücke auf ihren wahren Sinn zurückgeführt werden: Fidejussor et praecedere obligationem et sequi potest § 30. J. de fidej. (3. 20).

Die Fidejussionsschuld steht nach einer verbreiteten Ansicht zu der Hauptschuld noch in einer andern als dieser sog. accessorischen Beziehung. Sie bildet mit derselben eine einzige Obligation. Hauptschuldner und fidejussor sind Correalschuldner (sofern man nicht

---

1) Officio judicis praestantur.

2) Ihering behauptet, daß die älteren Formen, sponsio und fidepromissio, dem Eingehungsact der Hauptschuld nicht vorangehen konnten, eine Frage, die hier füglich unberücksichtigt bleibt.



mit den Quellen diesen Namen, was für die Sache ja gleichgültig ist, auf solche Mitschuldner, welche sämmtlich Hauptschuldner sind, beschränken will). Allein auch diese Correalität, deren Vorhandensein oder Natur hier nicht zu prüfen ist, steht unserer Construction der Wirkungen der Bürgschaftsbestellung für eine zukünftige Schuld nicht entgegen; denn es ist anzunehmen, daß wenigstens in der Zeit der classischen Juristen die einzelnen Correalschuldner zu verschiedener Zeit verpflichtet werden konnten [1]), wie denn auch eine Verpflichtung des Hauptschuldners vor dem fidejussor unbezweifelbar feststeht.

Prüfen wir endlich die Quellen, so finden wir nicht allein keine Spur eines Widerspruches gegen die Annahme einer pendenten Bürgschaftsobligation vor der Hauptschuld, sondern vielmehr eine sichere Bestätigung.

Schon die oben citirte Institutionenstelle fidejussor et praecedere obligationem et sequi potest wird am natürlichsten auf die Verpflichtung des Bürgen, welche der Hauptschuld vorangehen könne, und nicht nur auf den Act der Bürgschaftsübernahme bezogen; und ein Gleiches gilt von der L. 6. § 2. D. de fidej. (46. 1). Ulp. Adhiberi autem fidejussor *tam futurae* quam praesenti obligationi potest, *dummodo sit aliqua* vel naturalis *futura obligatio*.

Noch größere Wahrscheinlichkeit erbringt L. 35. D. de jud. (5. 1). Javolenus . . . . fidejussoris obligatio in pendenti potest esse . . . . Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit.

Hier wird geradezu gesagt, die Verpflichtung des Fidejussor könne in der Schwebe sein, und dies folgert der Jurist ohne weiteres aus der Möglichkeit eines der Hauptschuld vorangehenden

[1]) L. 3. pr. D. de duobus reis (45. 2); vgl. auch L. 9. § 2. D. eod. L. 8. § 5. D. de novat. (46. 2.)

Bürgschaftscontractes, ganz richtig und nothwendig, wenn man nur einerseits das Princip der Simultanität und andererseits die Abhängigkeit der Bürgschaft vom Zustandekommen der Hauptverpflichtung im Auge behält.

Nicht minder beweisend ist endlich die schon oben (S. 241 ff.) angeführte L. 13. § 9. D. de accept. (46. 4).

Hier wird einerseits der Grundsatz aufgestellt, daß die frühere Acceptilation eine erst später entstehende Verbindlichkeit nicht aufheben könne, andrerseits unmittelbar daneben betont, daß die vor der Entstehung der Hauptschuld vorgenommene Acceptilation der Bürgschaftsschuld den Bürgen im Fall späteren Zustandekommens der Hauptschuld befreie.. Daraus folgt aber mit Nothwendigkeit, daß die Bürgschaftsschuld schon vor der Hauptschuld als eine pendente, vom Zustandekommen der Hauptschuld abhängige bestanden haben muß, und alle Deutungen von Seiten der Gegner laufen schließlich darauf hinaus, daß der Grundsatz: „reus antiquiore acceptilatione quam obligatio ejus est liberari non potuit“ weggedeutelt und behauptet wird, unter Umständen könne die Acceptilation doch eine erst später entstehende Schuld aufheben.

Auch der Wortausdruck der Stelle stimmt völlig mit unserer Deduction überein . . . . . nam etsi fidejussorem non ante liberatum esse credimus, quam quum fuerit creditum reo, non tamen reus antiquiore acceptilatione quam obligatio ejus est liberari potuit. Dem Zusammenhange gemäß ist nämlich, wie schon Fitting bemerkt hat, das „ante“ nothwendig auf „credimus“ und nicht auf liberatum zu beziehen.

Der Gedankengang ist also: Obgleich unsere Kenntniß von der Befreiung des Bürgen erst von der Entstehung der Hauptschuld datire (also jünger sei, als die Acceptilationsvornahme), so könne doch die Hauptschuld nicht aufgehoben werden, weil die befreiende Wirkung selber nicht von der Acceptilationsvornahme getrennt und auf die Entstehung der Hauptschuld verschoben werden könne.

Da aus den übrigen von der fidejussio für eine zukünftige Schuld redenden Stellen [1]) nicht das geringste Gegenargument gegen die hier dargelegten Wirkungen entnommen werden kann, was übrigens meines Wissens auch niemals versucht ist, so dürfte die Annahme einer pendenten Obligation des Bürgen vor Entstehung der Hauptobligation als feststehend zu betrachten sein, zugleich aber, was ich zurückgreifend bemerke, nicht eine Widerlegung, wie die Gegner wollen, sondern eine weitere Bestätigung der oben behaupteten Simultanität bei der Acceptilation sich ergeben haben.

VI. Die gleiche Erscheinung wie bei der Bürgschaft wiederholt sich beim Pfandrecht. Da dasselbe genau wie die Bürgschaft lediglich zur Sicherung einer Forderung dient und also von deren Zustandekommen abhängt, da gleichwohl die Verpfändung für zukünftige Forderungen zugelassen ist (L. 5. pr. D. de pign. 20. 1), so muß nach dem Princip der Simultanität in der Zeit zwischen Verpfändungsact und Entstehung der Hauptschuld ein pendentes Pfandrecht existiren. Daß die accessorische Natur des Pfandrechts der Annahme eines pendenten Pfandrechts vor der Entstehung der Forderung nicht widerstreitet, ergeben schon die früheren Erörterungen bezüglich der Bürgschaft. Zudem ist dafür ein Quellenzeugniß in L. 6. § 2. C. de secundis nuptiis (5. 9) vorhanden.

Omnibus videlicet iisdem maritalibus facultatibus . . . . . . tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis *ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerint, liberis obligatis* . . . . . .

Niemand wird bezweifeln, daß der Anspruch der Kinder erster Ehe auf die lucra nuptialia erst in dem Moment der Eingehung der zweiten Ehe durch ihren parens zu Stande kommt, ebenso

1) L. 56. § 2. L. 57. D. de fidej. (46. 1); L. 47. § 1. eod. u. L. 132. § 1. D. de verb. obl. (45 1); L. 13. § 8. D. de accept. (46. 4.)

gewiß ist, daß das zur Sicherung dieses Anspruches bestimmte gesetzliche Pfandrecht nur für den Fall der Eingehung der zweiten Ehe angenommen werden kann; dennoch soll, falls die zweite Ehe eingegangen wird, das Pfandrecht schon in dem Moment, wo die lucra nuptialia von dem Ehegatten erworben wurden, entstanden sein. Wohl verstanden: die Stelle spricht nicht nur von der Priorität, sondern es heißt geradezu das Vermögen des Ehegatten sei von jenem Moment an mit dem Pfandrecht bestrickt.

Wenden wir uns zu den Quellenbeweisen bezüglich des uns besonders interessirenden Conventionalpfandes für eine zukünftige Schuld, so ist zunächst ein Fall auszuscheiden. Wenn die Eingehung der Schuld noch völlig im Belieben des Verpfänders steht, und auch der Gläubiger zur Eingehung derselben noch nicht gebunden ist, so entsteht das Pfandrecht erst mit Contrahirung der Schuld. Dieser Rechtssatz enthält aber (in Folge der Annahme eines unvollendeten Geschäftes) keine Ausnahme von der Simultanität, wie im folgenden Paragraph nachgewiesen wird. Wenn dagegen

1) entweder die Entstehung der Schuld von dem Willen des Verpfänders unabhängig ist;
2) oder wenigstens der Gläubiger gezwungen werden kann, die Forderung durch eine Vermögensaufopferung seinerseits zur Entstehung zu bringen,

so entsteht das Pfandrecht schon mit der Pfandconvention (also selbstverständlich als pendentes). Für die Anhänger der herrschenden Meinung, welche die Zeit der Entstehung des Pfandrechts für die Priorität maßgebend halten und daher einen Rückschluß aus der Priorität auf die frühere Entstehung zulassen, sind beweisend zu 1) L. 4. D. quae res pignori (20. 3). L. 11. pr. L. 9. pr. D. qui potiores (20. 4) [1],

---

[1]) In L. 4 und L. 11 pr. cit. sagen Pomponius und Gajus in übereinstimmender Weise, das Pfandrecht für ein zukünftiges Darlehen datire deshalb erst

zu 2) L. 1. pr. eodem [1]).

Für diejenigen dagegen, welche mit Regelsberger und Windscheid die Priorität durch eine unter Umständen vor der Entstehung des Pfandrechtes eintretende rechtliche Gebundenheit des Pfandobjectes bestimmen lassen, fehlt es an einem speciellen Beweise. Doch dürften m. E. selbst auf dieser Grundlage die Analogie der fidejussio und die übrigen Beweise der Simultanität

---

von der Auszahlung desselben, weil der Verpfänder es in der Hand habe, ob die Schuld und damit das Pfandrecht zur Entstehung kommen solle, woraus wir gewiß schließen dürfen, daß, wenn der Verpfänder die Entstehung der Schuld nicht hindern kann, das Pfandrecht von der Bestellung datirt. Dieses Resultat scheint die L. 9. pr. cit. direct auszusprechen. Allein da ich annehme, daß die befristete Schuld des Miethers, wie überhaupt jede befristete Schuld, schon im Moment der Eingehung des Miethvertrages entsteht, und demnach die Worte „quo nondum quidquam pro conductione deberetur“ durch „wo noch nichts für die Miethe gezahlt zu werden brauchte“ übersetze, was später gerechtfertigt werden wird, so kann ich die Entscheidung selbst nicht für beweisend halten. Dennoch ist es klar, daß African nicht so, wie er gethan, hätte argumentiren können, wenn bei einer wirklich zukünftigen Schuld anders entschieden werden müßte. Er würde dann nicht den Unterschied zwischen „befristet“ und „zukünftig“ auf den dann alles angekommen wäre, haben völlig unbeachtet lassen können. Die L. 9. pr. enthält also gleichwohl eine indirecte Bestätigung der oben ausgesprochenen Ansicht.

[1]) In der Interpretation der L. 1. pr. stimme ich völlig mit Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte § 13—15 überein. Aehnlich oder ebenso interpretiren auch Vangerow, I. § 372 Anm. 3; Arndts § 384 Anm. 6; Dernburg, Pfandrecht I. S. 530—32. Ich beschränke mich daher auf Abweisung einiger abweichenden Ansichten. Die Worte „nec probe dici in potestate *ejus* esse“ vom Dosempfänger zu verstehen, ist unmöglich, theils aus grammatischen Gründen, weil im zunächst vorhergehenden Satze nur vom promissor dotis die Rede war, theils weil der dadurch entstehende Sinn wegen der Unmöglichkeit den Ehemann zur Annahme der numeratio dotis zu zwingen, unrichtig sein würde (vergl. über den letzteren Punkt besonders Dernburg a. a. O. Anm. 9). Deshalb sind denn auch fast alle neuen Interpreten von diesem früher häufigen Irrthum zurückgekommen. Ebenso unbefriedigend ist die gleichfalls neuerdings fast durchgängig verlassene Annahme, daß die L. 1. pr. gar

genügen, nachdem die Möglichkeit des pendenten Pfandrechts vor Entstehung der Schuld feststeht.

VII. Eine besonders wichtige und weitreichende Folge und Bestätigung der Simultanität zeigt der Satz, daß der bedingte obligatorische Vertrag sofort eine schwebende Obligation und ebenso die bedingte Verpfändung sofort ein schwebendes Pfandrecht erzeugt. Der Beweis dieser Behauptung soll aber erst später erbracht werden.

---

nicht von einer Pfandbestellung für eine zukünftige Schuld rede. Bestellt sei die dos (was niemals bezweifelt ist) bereits durch die promissio dotis, es sei also dadurch, daß der Dosbesteller die Restitution dieser schon bestellten Dos stipulire, sofort eine Restitutionsobligation entstanden; und für diese sei das Pfandrecht, das also auch sogleich zur Entstehung komme, bestellt. Allein dabei ist ein Dreifaches außer Acht gelassen: Erstens steht in der L. 1. pr. von einer solchen Stipulation der Restitution der dos gar nichts, die Stelle paßt vielmehr Wort für Wort auch auf den Schwiegervater, der sich für die Rückgabe der dos profecticia ein Pfand ausbedingt, während doch die gesetzliche Rückgabepflicht erst mit Trennung der Ehe zur Entstehung kommt; sie paßt gleichfalls Wort für Wort auf den Dosbesteller, der sich formlos die Rückgabe der dos und dafür ein Pfandrecht ausbedingt, während doch aus einem solchen formlosen Versprechen eine Forderung nicht vor der numeratio dotis entstehen kann (Realinnominatcontract do ut des); vergl. L. un. § 13. C. de rei ux. act. 5. 13. L. 6. C. de jure dot. (5. 12). Nach der Ansicht der Gegner hätte also Papinian gerade die nothwendigste Vorbedingung seiner Entscheidung ausgelassen. Zweitens läßt sich mit der gegnerischen Auffassung über den eigentlichen Grund der Priorität des Pfandrechtes, der Satz „nec probe dici etc." in keine auch nur erträgliche Uebereinstimmung bringen. Drittens endlich würde, selbst wenn wir eine vorangegangene Stipulation annehmen, die Stipulationsforderung doch bis zur Auszahlung der dos durch exceptio völlig entkräftet sein, und eine solche entkräftete obligatio ist für das Pfandrecht gerade so gut wie gar keine. Severus et Antoninus. Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem (Stipulationsurkunde) emissam asseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes; nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. L. 1. C. si pignoris conv. (8. 33.) Es würde also wenn eine Stipulation vorhergegangen wäre, doch nicht anders entschieden werden können, wie bei einer zukünftigen Schuld.

VIII. Endlich mag hier noch als Beweis zwar nicht eines Pendenzverhältnisses, aber des Gesetzes der Simultanität auf die befristeten obligatorischen Verträge verwiesen werden. Der Satz „der befristete obligatorische Vertrag erzeugt sofort eine (befristete) Obligation“ ist indessen gleichfalls erst später in seiner Bedeutung klar zu stellen und aus den Quellen zu begründen.

§. 30. 3) Successive Entstehung des Rechtsgeschäftes.

Neben der Pendenz der Rechte giebt es noch ein zweites Mittel, um eine Willenserklärung, welche vor der Hand noch keine Wirkungen haben kann, vor völliger Nichtigkeit zu bewahren. Man kann diese Willenserklärung (obgleich äußerlich einem fertigen Rechtsgeschäft gleichend) als ein unvollendetes Rechtsgeschäft behandeln, welches vor der Hand keine gesicherte Existenz hat und nur durch den fortdauernden Willen der Parteien aufrecht erhalten wird. Fällt dann später das Hinderniß fort, welches der Wirksamkeit des Geschäftes anfangs entgegenstand, und haben die Parteien inzwischen weder die Willensfähigkeit verloren, noch ihren Willen geändert, so ist das Rechtsgeschäft nun durch den fortdauernden Willen der Parteien vollendet, und die Wirkungen sind also dem Princip der Simultanität gemäß an den Moment des Geschäftsabschlusses (der Geschäftsbeendigung) geknüpft. Das Princip der Simultanität ist durch die successive Entstehung des Rechtsgeschäftes gewahrt [1]). Da im alten Recht das Princip der Einheit der Handlung hindernd eingriff, begegnen wir der oben angegebenen Erscheinung erst in neuerer Zeit. Ich beschränke mich wieder auf einige wenige Beispiele, meist

---

[1]) Die Theorie der successiven Entstehung der Rechtsgeschäfte ist in ihrem Grundgedanken von Ihering, Geist d. R. R. III. 1. S. 143 ff. und ausführlicher von Köppen (in Ihering's Jahrbüchern Bd. 11. S. 144 ff, 330 ff.) entwickelt, was um so mehr hervorgehoben werden muß, als ich im Einzelnen von den Ausführungen namentlich Köppen's mehrfach abweiche.



solche wählend, welche für das Gebiet der Bedingung ohnehin nicht ohne Interesse sind.

I. Ein hierher gehöriges Beispiel mußte des Zusammenhangs wegen schon oben besprochen werden: die zu verschiedenen Zeiten erfolgenden Injurecessionen einer Prädialservitut von Seiten der mehreren Miteigenthümer des praedium serviens oder an die mehreren Miteigenthümer des praedium dominans sind, bis die letzte Cession erfolgt und damit die Wirkung eintritt, unvollendete Geschäfte. Durch die Annahme der successiven Entstehung des Geschäftes ist die Wirkung unmittelbar an den Abschluß (die Vollendung) der Injurecessionen geknüpft [1]).

II. Agnitio bonorum possessionis intra alienam vicem. Obgleich im allgemeinen der Antritt einer Erbschaft vor der Delation ausgeschlossen ist, hat doch die L. 9. C. qui admitti (6. 9) dem Nachberufenen die Agnition der bonorum possessio gestattet, während der nächste Grad zögert. Wirkung aber kann diese sog. agnitio intra alienam vicem erst dann haben, wenn die Delation an den Agnoscirenden erfolgt ist. Auch hier haben wir anfangs ein unvollendetes Rechtsgeschäft, welches bis zur Delation lediglich durch den fortdauernden Willen des Agnoscirenden aufrechterhalten und im Moment der Delation vollendet wird. Die durch L. 9. cit. gebrachte Neuerung ist also, dem übrigen Inhalt der Stelle ganz entsprechend, lediglich eine formelle: Die Wiederholung der gerichtlichen Agnitionserklärung, die ja immerhin Unbequemlichkeiten haben kann, ist unnöthig, die vorausgegangene Agnitionserklärung und der noch im Moment der Delation fortdauernde Wille gelten zusammen als eine Agnition, die so vollgültig ist, als sei auch die Erklärung erst nach der Delation vorgenommen [2]). (parem, quasi

---

1) Vergl. oben S. 246 ff.; ferner Ihering a. a. O. S. 146; Köppen S. 147 ff.

2) Ich schließe mich sonach der Ansicht Köppen's, Lehrbuch des heutigen Erbrechts S. 96—98 (vgl. Köppen in Ihering's Jahrbüchern Bd. 11. S.

suis sit usa curriculis). Hieraus erklärt sich auch, daß bei der heredidatis aditio nichts Aehnliches erwähnt wird. Da bei ihr der formlose irgend wie erkennbare Wille, Erbe zu sein, genügt, braucht man nicht auf eine etwaige frühere anticipirende Aditio zu recurriren.

III. Wenn ein Pfand für eine Schuld bestellt wird, deren Entstehung noch völlig im Belieben des Verpfänders wie des Pfandgläubigers liegt (vergl. oben S. 266), so wird die Absicht, einen Pfandnexus mit sofort bindender Wirkung schon jetzt zu erzeugen, in der Regel nicht angenommen werden können. Die Pfandverschreibung für ein zukünftiges Darlehen, zu dessen Geben und Nehmen keine der Parteien verpflichtet ist, erscheint daher noch nicht als vollendeter Pfandvertrag, sondern nur als eine noch nicht bindende vorläufige Pfandverabredung, nicht als ein hypothecae dare, sondern als hypothecae dare destinare, wie Paulus sehr präcis sagt L. 4. D. quae res pignori (20. 3). Abgeschlossen aber, das heißt vollendet, wird der Pfandvertrag erst im Moment der Entstehung der Schuld durch den noch fortdauernden Willen der Parteien: eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Das Pfandrecht rangirt also nach allen vor diesem Moment entstandenen Pfandrechten; vergl. auch L. 1. § 1. L. 11. pr. D. qui potiores (20. 4). Denkbar ist freilich auch, daß die Parteien, obgleich jede von ihnen die Entstehung der Schuld hindern kann, dennoch einen sofortigen Pfandnexus beabsich-

6 ff., S. 92 ff.) an und kann der Annahme Windscheid's, die agnitio intra alienam vicem sei gültig, auch wenn der Agnoscent vor seiner Berufung wahnsinnig geworden und im Wahnsinn verstorben sei, nicht beistimmen. Abgesehen von dem Princip der Simultanität, das ja allerdings in so später Zeit eine Ausnahme erlitten haben könnte, scheint mir auch der übrige Inhalt der L. 9. dagegen zu sprechen, der lediglich Formfragen behandelt. Neben diesen wird man gewiß eine Entscheidung über die Form (wie nach unserer Annahme), nicht aber so wichtige materielle Sätze, wie Windscheid will, am Platze finden.

tigen. Bei Eingehung eines Miethcontractes pflegen die Parteien, wenn auch zunächst der Miethcontract nur für eine bestimmte Zeit gilt, und in Folge dessen längeres Wohnenbleiben juristisch als Abschluß eines erneuten Contractes erscheint, doch die gesammte Zeit der etwaigen Miethdauer wie ein Ganzes und das für diese gesammte Zeit bestellte Pfandrecht als ein einheitliches und vom Moment der Bestellung an bindendes zu betrachten. Dieser Absicht gemäß kommt das Pfandrecht nicht nur für die anfängliche Miethzeit, sondern auch für die Schuld aus der Miethverlängerung (für diese als pendentes) sofort zu Stande. Die Miethverlängerung bewirkt also nicht die Entstehung eines neuen Pfandrechtes, sondern das bestehende Pfandrecht dauert fort. Hat eine dritte Person verpfändet, so ist anders zu entscheiden, da bei ihr die Absicht für die etwaige Miethverlängerung mitzuverpfänden, ohne eine besondere Erklärung nicht angenommen werden darf.

L. 13. § 1. D. locati (19. 2) Ulp. Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur *durare obligata*. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; hujus enim novus consensus erit necessarius.

Als Resultat unserer unter dieser Nummer und in Paragraph 29 unter Nummer VI. gegebenen Betrachtungen ergiebt sich, daß die Pfandconvention für eine zukünftige Schuld, je nachdem, ob die Parteien sofortige Gebundenheit beabsichtigen oder nicht, entweder ein vollendetes Rechtsgeschäft ist, welches sofort ein pendentes Pfandrecht erzeugt, oder ein unvollendetes Geschäft, welches erst mit der Entstehung der Schuld abgeschlossen wird und also auch erst dann den Pfandnexus begründet [1]).

---

[1]) Die Bedeutung der Absicht der Parteien bei der Beurtheilung der Pfandbestellung für zukünftige Schulden hat namentlich Dernburg, Pfand-

In beiden Fällen ist nicht nur das Princip der Simultanität in seiner Wirksamkeit gezeigt, sondern es konnten auch mit Hülfe dieses Princips und der Theorie der unvollendeten Geschäfte die Regeln über den Rang der Pfandrechte für zukünftige Schulden, insbesondere auch die unentbehrliche Priorität des Creditpfandes, durch innere Gründe gerechtfertigt und quellenmäßig begründet werden.

IV. Der soeben bezüglich der Pfandconvention für zukünftige Schulden aufgestellte Satz ist keine Besonderheit dieser Lehre, sondern enspricht einem Princip, welches bei allen Rechtsgeschäften Anwendung findet, welche kraft Rechtsregel oder Parteiwillkür von einem Umstande abhängen, der nicht ohne Willen des bedingt Verpflichteten [1]) eintreten kann.

1) So oft bei einem derartigen Geschäft anzunehmen ist, daß den Parteien die Absicht sofortiger Gebundenheit fern lag, daß vielmehr der bedingt Verpflichtete eben durch den bedingenden Umstand über das ganze Geschäft freie Hand behalten wollte, kann noch kein vollendetes Geschäft angenommen werden. Es sind vielmehr nur zwei Möglichkeiten denkbar:

a. Entweder ist das betreffende Geschäft ein solches, welches keine successive Entstehung zuläßt; dann ist es nichtig;

b. oder es läßt successive Entstehung zu; dann liegt ein begonnenes Geschäft vor, welches erst, sobald der bedingt Verpflichtete den bedingenden Umstand herbeiführt, durch den noch fortdauernden Willen der Parteien abgeschlossen wird.

2) Wenn, obgleich das Geschäft in gewisser Weise vom Willen des bedingt Verpflichteten abhängt, dennoch die Absicht sofor-

recht I. S. 520—535 zutreffend hervorgehoben. Vergl. auch Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 103.

1) Der Kürze wegen ist diejenige Person, welche beim Eintritt der gewillkürten oder Rechtsbedingung verpflichtet wird oder ein Recht verliert, hier und im Folgenden der bedingt Verpflichtete genannt.

tiger Gebundenheit vorliegt, so ist sofort ein vollendetes, freilich pendentes Rechtsgeschäft vorhanden.

Es erübrigt die Bestimmung der einzelnen Fälle.

Zu 1) a. Wenn jemand unter der Bedingung si volam in Stipulationsform verspricht, so kann eine sofortige Gebundenheit wegen der direct widersprechenden Bedingung nicht angenommen werden. Das einzige Mittel die Stipulation trotzdem aufrecht zu erhalten, die Annahme eines successiv entstehenden Geschäftes, versagt ebenfalls, weil die unitas actus für Stipulationen auch noch im neueren Rechte erfordert wird.

L. 137. pr D. de V. O. (45. 1).

Die Stipulation mit der Bedingung „si voles“ muß daher nichtig sein.

L. 7. pr. D. de contr. emt. (18. 1).

L. 8. D. de O. et A. (44. 7).

L. 17. L. 46. § 3. L. 108. § 1. D. de V. O. (45. 1).

Zu 1) b. Bei dem unter der Bedingung „si emtor volet“ abgeschlossenen Kauf ist die Absicht der Parteien auf alleinige Gebundenheit des Verkäufers gerichtet; für den Käufer dagegen wird durch die Bedingung ausdrücklich jede bindende Absicht verneint. Da aber die alleinige Gebundenheit des Verkäufers nach römischem Recht [1]), welches als Consensualvertrag nur den beiderseitig obligirenden Kaufvertrag anerkennt, nicht erzielt werden kann, so muß der Kauf als völlig wirkungslos erscheinen. Erklärt der Käufer später sein Wollen, und hat der Verkäufer seinen Willen nicht mittlerweile geändert, so wird der Verkauf nun erst abgeschlossen; allein es hat keinen Werth deshalb hier von successiver Entstehung des Geschäftes zu sprechen. Man braucht nicht auf die früheren Erklärungen zu recurriren, sondern kann bei der Formlosigkeit des Kaufes die Gültigkeit des Geschäftes schon aus diesem späteren

1) Ueber das heutige Recht wird unten gesprochen werden.



beiderseitigen Wollen erklären. So finden die Stellen, welche den Kauf unter der Bedingung si volam, mag dieselbe zu Gunsten des Käufers — wie bisher angenommen wurde — oder zu Gunsten des Verkäufers gesetzt sein, für nichtig erklären, ihre innere Begründung.

L. 7. pr. D. de C. E. (18. 1).

L. 13. C. eodem (4. 38).

Zu 2). Der zu besprechende Fall, daß der bedingt Verpflichtete eine von seinem Willen abhängige Bedingung gesetzt und doch die Absicht gehabt habe, sich schon jetzt zu binden, enthält einen scheinbaren Widerspruch. Kann ich gebunden sein, wenn mein Wille den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung bestimmt? Allerdings kann ich trotzdem gebunden sein. Wer wird die Gebundenheit leugnen bei dem Versprechen einer Summe, für den Fall, daß der Promittent ein Verbrechen begehe, eine Sache veräußere, eine Verpflichtung nicht erfülle. In allen diesen Fällen will der Promittent sich binden, und wird auch gebunden, indem er den mannigfachen Anreizen und Beweggründen, die ihn zur Begehung des Verbrechens u. s. w. treiben, nicht folgen kann, ohne zugleich die übernommene Verpflichtung zu purificiren [1]). Es muß der allge-

---

[1]) Bei Bechmann, Kauf II. S. 212—16 findet sich folgende ansprechende und auch für viele Fälle zutreffende Argumentation: „Die suspensive Bedingung ist psychologisch gar nichts anderes als ein eigenthümlich formulirtes Motiv; nämlich Motiv, dessen objective Wahrheit der Wollende erfordert und zugleich noch als ungewiß bezeichnet" (S. 212). „Sind die Bedingungen Motive, so kann die Formulirung des Entschlusses: „ich will, wenn ich will" keine bedingte Willenserklärung sein. Denn der Entschluß kann sich nicht selbst zu seinem eigenen Motive machen" (S. 214) „Wesentlich verschieden . . . . ist die Willenserklärung unter der Bedingung, daß der Wollende einen andern, dem Inhalte nach von dem bedingt erklärten Willen verschiedenen Willen äußern und bezw. bethätigen werde. Daß das eigene Handeln Motiv für weitere Entschlüsse sein kann und fortwährend ist, darüber braucht kein Wort verloren zu werden" (S. 215). Für allgemein richtig kann aber das Gesagte nicht gehalten werden. Wenn ein Spieler für den Fall, daß er die Karten wieder anrühre, mir

meine Grundsatz aufgestellt werden: So oft die zur Bedingung gesetzte Handlung (a) und das Wollen der Verpflichtung (b) nicht identisch sind, kann die Gebundenheit des Promittenten beabsichtigt sein [1]) und bewirkt werden; denn in allen diesen Fällen ist es möglich, daß der Promittent später die Handlung a. um ihrer selbst willen vornimmt und dadurch die Verpflichtung purificirt, während er den Verpflichtungswillen b. nicht gefaßt haben würde [2]). Daß diese Betrachtung zur Gültigkeit der oben erwähnten Beispiele führt, ist selbstredend [3]). Allein sie schafft auch Klarheit in zwei Fragen,

---

100 Mark verspricht, so ist Motiv für dieses Versprechen nicht die Anrührung der Karten, sondern umgekehrt der Wunsch sie nicht anzurühren; Motiv für die (eventuelle) Zahlung aber ist die Anrührung der Karten ebenfalls nicht, sondern hier wirkt lediglich das gegebene Versprechen, dessen Bedingung nun (keineswegs um dadurch die Strafverpflichtung zu purificiren) erfüllt ist, als Motiv. Das von Bechmann angegebene Verhältniß der Bedingung zum Motiv ist also in manchen Fällen geradezu unrichtig. Außerdem aber giebt es viele andre Fälle, in denen es nur eine halbe Wahrheit enthält, indem nicht das zur Bedingung Gesetzte selbst, sondern etwas Anderes, was als mit demselben verbunden (als nothwendige Voraussetzung oder Folge) vorgestellt wurde, als Motiv wirkt. Das Verhältniß der Bedingung zum Motiv ist also in den verschiedenen Fällen verschieden und deshalb bei unseren Untersuchungen über den Begriff der Bedingung nicht zum Ausgangspunkt genommen.

1) Ob dies in concreto der Fall sei, ist Interpretationsfrage. Im Zweifel würde dieselbe wegen der in der Form eines bedingten Geschäftes auftretenden Willenserklärung eher zu bejahen sein.

2) Trotz seines nicht für alle Fälle richtigen Ausgangspunktes (siehe die vorletzte Anmerkung) hat Bechmann a. a. O. S. 216 diesen entscheidenden Punkt im wesentlichen richtig erkannt; denn er weist darauf hin, daß derjenige, der eine solche Bedingung setzt, an der Vornahme jener Handlung ein „selbstständiges Interesse“ haben könne. Allerdings ist der Ausdruck „Interesse“ hier etwas zu eng oder wenigstens Misdeutungen ausgesetzt. Es genügt, daß selbstständige Motive (d. h. andere, als die Absicht die bedingte Verpflichtung zu purificiren) zur Vornahme jener Handlung führen können, wie im Texte ausgeführt ist.

3) Auch das häufig erwähnte Schulbeispiel „si in Capitolium ascenderit“ gehört hierher; denn es handelt sich nicht nur um einen Spaziergang aufs

von denen wenigstens die letztere in neuerer Zeit Gegenstand eines lebhaft geführten Streites geworden ist. Die erstere betrifft das Verständniß der

L. 11. § 5. D. de leg. III. (32). Sic fideicommissum relictum: 'nisi heres meus noluerit, illi decem dare volo' quasi *condicionale* fideicommissum est et *primam voluntatem exigit*: ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse.

Das Vermächtniß unter der Bedingung, „wenn der Belastete will," ist nichtig, aber unter der Bedingung „es sei denn, daß er nicht wolle," ist es gültig; denn es ist ein anderes Ding gleich bei der ersten Erklärung (prima voluntas) sagen, man wolle dem Testator nicht willfahren, als einfach schweigen. Es ist sehr gut möglich, daß ein Erbe, der sonst den Verpflichtungswillen nie gefaßt hätte, lediglich aus Scheu vor dieser ersten Erklärung, er wolle nicht, dieselbe unterläßt und das Vermächtniß purificirt; die Differenzirung des velle und non nolle in diesem Falle zeigt von feinem psychologischen Verständniß.

Der zweite Punkt ist die Gültigkeit des suspensiv bedingten Kaufes auf Probe [1]). Der Inhalt der Bedingung ist hier keineswegs das Gefallenfinden an dem Kauf — das wäre mit dem Wollen des Kaufes identisch und würde den Vertrag nichtig machen — die Quellen sprechen vielmehr nur von dem Gefallenfinden an der Waare (was übrigens das Preiswürdigfinden involvirt): si *Stichus* tibi placuerit § 4. J. de emt. et vend. (3. 23). Aber nicht die innere Thatsache des Gefallens meinen die Contrahenten, sondern die dem Verkäufer abzugebende Erklärung des Käufers,

Capitol, sondern, wie schon Unger bemerkt hat, sehr reale Interessen können den Gang auf das Capitol fordern.

1) Gegen Puchta, der den Ausdruck Kauf auf Probe nur für den resolutivbedingten Kauf verwenden will, vergl. Thöl, Handelsrecht. 5. Auflage I. § 259. Anm. 14.



daß ihm die Waare gefalle. Obgleich diese Erklärung oder ihre Unterlassung in der Macht des Käufers steht, ist sie doch nicht mit der Erklärung des Kaufwillens identisch; denn wer dergestalt eine ihm nach der Probe gefallende und auch als preiswürdig erscheinende Waare gekauft hat, wird häufig aus Wahrheitsliebe und Redlichkeit sein „Gefallen“ erklären, obgleich er ohne den vorhergegangenen bedingten Kauf jetzt (wo ihm die Waare vielleicht entbehrlich geworden ist), nicht mehr kaufen würde. Es ist also auch hier eine Gebundenheit des Käufers beabsichtigt und bewirkt. Er kann nicht mehr seiner Wahrheitsliebe und seinem Pflichtgefühl nachgebend sagen, die Waare gefalle ihm, ohne den Kauf zu purificiren [1]).

Richtig ist gewiß, daß für unzuverlässige Personen diese Gebundenheit practisch kaum eine solche ist, aber mit solchen pflegt man auch nicht in dieser Weise zu contrahiren (es sei denn, daß man auch zum Abschluß eines nur einseitig bindenden pactum de vendendo bereit gewesen). Bei streng rechtlichen und zuverlässigen Personen aber weiß der Verkäufer sehr wohl, daß derjenige, der beispielsweise ein Pianino zu angemessenem Preise „wenn ihm dasselbe gefalle,“ gekauft und zur Probe in Gebrauch genommen hat, falls ihm das Instrument wirklich gefällt, es behalten wird, und es mit seinem Anstands- und Rechtlichkeitsgefühl unvereinbar halten wird, aus ganz anderen, mit dem Gefallen in keiner Beziehung

---

[1]) Einen verwandten Fall der Gebundenheit zeigt L. 46. § 2. D. de V. O. (45. 1). Si ita stipulatus fuero '*cum* volueris', quidam inutilem esse stipulationem ajunt, alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris, quod verum est. Die promissio „si voluero“ ist nichtig (vergl. oben), bei 'cum voluero' dagegen lag in meinen Worten, daß nur das „Wann“ nicht das „Ob“ meinem Belieben vorbehalten sein solle. Freilich kann ich auch hier durch beharrliche Verzögerung (wie oben durch Lüge) das Recht meines Gegners vereiteln.

stehenden Gründen, sein Mißfallen an der Waare zu erklären oder mit der Erklärung seines Gefallens zurückzuhalten.

Wir sind also keineswegs genöthigt mit Bechmann[1]) nach dem Vorgange von v. Savigny[2]) die Gültigkeit des Kaufes „si res mihi placuerit" für eine Singularität zu erklären.

Bei einer so vielfach besprochenen und mitunter zum Ausgangspunkt weitreichender Theorien gemachten Frage ist es wünschenswerth, unsere Stellung zu den Hauptansichten auszuführen.

Goldschmidt[3]), Windscheid[4]) und Köppen[5]) halten die Bedingungen „si emtor voluerit" und „si emtori res placuerit" für gleichbedeutend und gleichwirkend, indem in beiden Fällen zwar der eine Contrahent, auf dessen Person die Bedingung gestellt sei (also im Beispiel der Käufer), nicht verpflichtet werde, der andere aber wohl. Begründet wird aber diese Verpflichtung in sehr verschiedener Weise. Goldschmidt betrachtet das Geschäft als ein pactum de vendendo, welches von den Römern, um es dadurch klagbar zu machen, als bedingter Kauf aufgefaßt sei. Windscheid glaubt, daß die beiden Obligationen des zweiseitigen Vertrages von einander so unabhängig seien, daß auch die eine allein durch einen Vertrag geschaffen werden könne, und das sei hier der Fall. Köppen endlich sieht in dem Geschäfte nichts weiter als eine Verkaufsofferte und stützt auf die einschlagenden Stellen die Behauptung, daß die Offerte schon nach römischem Recht bindend gewesen sei.

Gegen jede dieser Meinungen liegt eine Zweifelsfrage auf der Hand. Gegen Goldschmidt: „Ist das Geschäft in der That

---

1) Kauf II. S. 179.

2) System III. § 117.

3) Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. I. S. 266 ff., 271 ff., 275 ff.

4) Pand. § 93. Anm. 1; vergl. auch Wendt, Reurecht H. II. S. 73 ff.; Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts S. 187 ff.

5) Jahrb. f. Dogm. Bd. 11. S. 336—341.

ein pactum de vendendo [1])? und mit welchem Recht konnten die Römer ein solches einseitig bindendes Geschäft als (doch nothwendig gegenseitig verpflichtenden) Kauf auffassen? und wenn sie es hier konnten, warum haben sie es nicht auch bei anderen pacta de vendendo oder de emendo gethan? Gegen Windscheid: Ist eine solche Trennung des einheitlichen Kaufgeschäftes in eine emtio und eine venditio, von denen die eine gültig, die andere nichtig sein kann, in der That zulässig? Verbietet nicht die Natur des Kaufcontractes als eines gegenseitig verpflichtenden Geschäftes, die Annahmen, daß nur für den Einen der Contrahenten eine obligatio entstehe [2])?

Gegen Köppen: Ist die Offerte in der That im römischen Recht ein bindendes Geschäft [3])?

Aber es ist für unseren Zweck nicht nöthig, diesen sehr begründeten Zweifeln weiter nachzugehen, weil schon die Basis, auf der alle drei Ansichten beruhen, die Gleichstellung des Kaufes unter der Bedingung 'si emtor voluerit' und 'si emtori res placuerit' und die den Verkäufer verpflichtende Wirkung auch des ersteren Geschäftes mit den Quellen nicht in Uebereinstimmung zu bringen ist. Eimal erklären nämlich die Stellen, welche von der Bedingung *„si voluerit“* reden, den Kauf oder Verkauf einfach für nichtig, ohne irgend wie der Gebundenheit des anderen Contrahenten Erwähnung zu thun, was doch, wenn derselbe gleichwohl gebunden würde, allermindestens als höchst auffallend bezeichnet werden müßte:

L 7. pr. D. de c. emtione (18. 1). Ulp. l. 38. ad Sab. . . . . nam si arbitrium domini accipiamus, *venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit.* . . . . . .

---

1) Mit Recht erklären sich dagegen Fitting, Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 2. S. 228 ff.; Unger, daselbst. Bd. 3. S. 389 ff.

2) Ueberzeugend ist dies nachgewiesen von Bechmann a. a. O.

3) Mit Recht wird die Frage fast allgemein verneint.

L. 13. C. de contr. emt. (4. 38). In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, *quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. Idcirco dominus invitus ex hujusmodi conventione rem* propriam vel quilibet alius *distrahere non compellitur* [1]).

Ferner sagt die zweite Stelle geradezu das Gegentheil; denn es ist doch unmöglich die Worte „quia non adstringit necessitate *contrahentes, obligatio nulla* est" nur auf die eine Partei, entweder den Käufer, oder den Verkäufer, zu beziehen, und wenn das Gesetz dann fortfährt: *ex hujusmodi conventione* wird Niemand zur Veräußerung gezwungen, so heißt das doch in diesem Zusammenhange nach allen Regeln der Grammatik und Logik „durch einen Kauf, der entweder in das Belieben des Verkäufers oder des Käufers gestellt sei". In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi .... ex hujusmodi conventione. Kurz die Stelle beweist unwiderleglich, daß nach römischem Recht die Bedingung „si voluerit," die Gebundenheit beider Contrahenten verhindert [2]).

Einen nicht schwächeren Gegenbeweis liefert endlich eine Vergleichung der L. 7. pr. cit. mit dem § 4. J. de emt. et vend. (3. 23).

---

[1]) Der Versuch, die Stelle auf einen Kauf zu beziehen oder gar zu beschränken, in welchem dem Käufer oder Verkäufer die Bestimmung des Kaufpreises überlassen sei, ist m. E. unzulässig, würde aber den Gegnern auch nichts helfen.

[2]) Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts S. 192 ff. hat das Gewicht dieser Gründe gefühlt; glaubt sie aber durch die doppelte Annahme entkräften zu können, daß unter „contrahentes" nur der Käufer oder nur der Verkäufer zu verstehen sei (ähnlich auch Windscheid II. § 386. Anm. 7.), und daß [illegible] nicht die gegen den Willen der Parteien eintretende technische Nichtigkeit bedeute. Beides kommt darauf hinaus, daß die Worte dasjenige nicht bedeuten sollen, was sie mit klarem und unzweideutigem Ausdruck besagen.



Wenn nämlich die L. 7. pr. D. de contr. emt. (18. 1) sagt, beim Setzen der Bedingung „si venditor voluerit," sei die „*venditio nulla*," so müßten wir nach Windscheid und Köppen erwarten, die Bedingung „si *emtori* res placuerit" (die ja der ersteren Bedingung gleichstehen soll), mache die *emtio nulla*, während nur die venditio gültig sei. Was aber sagen die Quellen? *Emtio sub condicione* contrahi potest veluti, *si Stichus tibi placuerit* § 4. J. cit. Der Unterschied beider Stellen und der daraus resultirende Widerspruch gegen Windscheid, Köppen und Goldschmidt liegt klar zu Tage.

Näher wie nach römischem Recht stehe ich, mindestens was das practische Resultat betrifft, den genannten Gelehrten in Bezug auf das heutige Recht. Ohne die Offerte für bindend zu halten [1]), glaube ich, daß die den Verkäufer verpflichtende Wirkung des unter der Bedingung „si emtor voluerit" geschlossenen Kaufes folgendermaßen begründet werden kann. Wer mit einem Andern übereinkommt, es solle diesem verkauft sein, wenn er (oder sobald er) wollen werde, der offerirt nicht bloß, sondern verspricht zugleich, daß diese Offerte bis zu des Oblaten Entscheidung [2]) fortdauern soll. Dieses Versprechen ist aber auch durch den Mitabschluß des obigen Uebereinkommens von Seiten des Oblaten acceptirt. Es liegt also erstens eine (an sich nicht bindende) Offerte vor und zweitens das acceptirte und deshalb nach heutigem Recht als form=

1) Was das römische Recht betrifft, so habe ich Köppen's Hauptbeweisstellen in einem Sinne ausgelegt, der die bindende Kraft der Offerte ausschließt. Das Streben der Neuzeit neigt allerdings einer solchen Rechtsbildung zu, wie die bekannten Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs und die bezüglich der Auslobung herrschende Praxis darthun. Trotzdem kann ein allgemeines Gewohnheitsrecht noch nicht behauptet werden, die Legislation aber findet gewiesenen Weg.

2) Vorausgesetzt, daß dieselbe in der verabredeten oder angemessenen Zeit erfolgt.

loses pactum bindende Versprechen, daß die Offerte bis zur Entscheidung fortbestehen solle. Da dieses Versprechen unwiderruflich ist und auch die Erben bindet, so führt es practisch zu dem gleichen Resultate, als wäre die Offerte in diesem Fall unwiderruflich.

Der Ansicht Unger's [1]) ist in sofern zuzustimmen, als derselbe unter „Gefallenfinden“ beim Kauf auf Probe den rein subjectiven gefälligen (auch durch die Preiswürdigkeit mitbestimmten) Eindruck von der Waare, für den keine Gründe angegeben zu werden brauchen, versteht — nur darf man das nicht mit Unger arbitrium boni viri nennen [2]) — aber nicht die innere Thatsache eines solchen Gefallens ist zur Bedingung gesetzt, wie Unger annimmt, sondern die äußere Erklärung des Gefallens an den Verkäufer. Während daher Unger dem Verkäufer die Eidesdelation über das Gefallenfinden gestattet, wäre in Wahrheit ein solcher Zwang zum Eide nicht als Beweis der erfüllten Bedingung, sondern als ein überall unzulässiger Zwang zur Erfüllung der Bedingung zu betrachten.

Fitting [3]) hält das Geschäft für nichtig nur, wenn die Bedingung dem Wortlaut nach auf das reine Wollen (Belieben, Lust haben, Gefallen finden am Geschäft — nicht an der Waare) gestellt ist. Allein eine angebliche Formwidrigkeit dieser und Formrichtigkeit andrer Geschäfte, zumal des Kaufs auf Probe, kann in unserer Frage keinen Unterschied begründen. Die Richtigkeit des unter der Bedingung „si voluero“ abgeschlossenen Kaufes hat doch unzweifelhaft in dem Mangel der Absicht sich zu binden ihren Grund. (Dies gesteht im Grunde auch Fitting zu; denn worin läge die angebliche Formwidrigkeit, wenn nicht in dem in den Worten klar ausgesprochenen Willen sich noch nicht zu binden?). Ist aber dies richtig, so

---

1) Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 3. S. 407 ff.

2) Fitting, Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 5. S. 91 ff.

3) Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. 2. S. 226 — 240. Bd. 5. Nr. 3.

muß auch jede von den Parteien in gleichem Sinne gebrauchte Bedingung in gleicher Weise das Geschäft vernichten, weil die bindende Absicht, das erste Erforderniß des obligatorischen Vertrages, gleichfalls fehlt. Eine solche dem Sinne nach gleichbedeutende Bedingung soll aber nach Fitting der suspensiv bedingte Kauf auf Probe eben enthalten — auch er müßte also trotz aller Formrichtigkeit wegen des fehlenden Willens sich zu binden, nichtig sein, was wie wir gesehen haben, den Quellen und auch Fitting's eigener Meinung widersprechen würde.

Ein in theilweisem Anschluß an Fitting construirtes Beispiel scheint geeignet den nach unserer Ansicht allein entscheidenden Punkt noch weiter zu illustriren. Die Bedingung „wenn ich morgen eine Fahne auf meinem Hause aufziehe, will ich u. s. w." kann bald die bindende Absicht meinerseits ausschließen, so daß höchstens eine Offerte (von der Gegenseite) vorliegt, bald kann das Geschäft als bedingtes bindend sein. Habe ich mit dem X. darüber gestritten, ob ich bei dem morgenden Feste flaggen würde, und schließlich (unter seiner Annahme) gesagt: „Wenn ich morgen eine Fahne aufziehe, so will ich Dir 20 Mark zahlen," so liegt ein bindendes bedingtes Geschäft vor. Haben wir dagegen über den Kauf seines Pferdes verhandelt, ohne daß ich mich sofort entschließen konnte, und schied ich mit den Worten: „Also, wenn ich morgen eine Fahne auf meinem Hause aufziehe, so kaufe ich das Pferd für 1000 Mark," so liegt kein bedingter Kauf vor, und wenn ich ihn am anderen Morgen benachrichtige, ich wolle das Pferd nicht kaufen, würde aber aus einem anderen Grunde flaggen, so werde ich durch das Aufziehen der Flagge nicht gebunden. Die Form der Bedingung ist in beiden Fällen genau dieselbe, aber die bindende Absicht fehlt im zweiten Falle, während sie im ersten vorhanden ist.

Das gewählte Beispiel zeigt auch, daß die neuerdings von Unger [1]) aufgestellte Erklärung nicht zutrifft, nach welcher der Kauf

---

[1]) Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 25. S. 322 ff., namentlich S. 348 ff.

auf Probe deshalb gültig sein soll, weil die Bedingung nur mittelbar in die Willkür des Käufers gestellt sei. Ob ich meine Zustimmung zu einem Kauf von meinem Willen oder von dem Aufziehen der Fahne (also mittelbar von meinem Willen) abhängig mache, das ist practisch gleich, und deshalb liegt in beiden Fällen (im letzteren nach der vermuthlichen Absicht) kein bedingter Kauf vor. Die Bedingung si emtor voluerit und si emtori res placuerit aber sind gerade in ihrem practischen Resultate nicht gleich (wie Unger annimmt), wären sie es, wäre also die Absicht in beiden Fällen darauf gerichtet, den Vertrag (mittelbar oder unmittelbar) von der Willkür des Käufers abhängig zu machen, so müßten sie auch vom Recht gleich behandelt werden. Der Bestand einer Verpflichtung kann weder direct noch indirect in die bloße Willkür des Verpflichteten gestellt werden, war dies die Meinung der Parteien, so ist eben damit die bindende Absicht ausgeschlossen. Wohl aber kann die Verpflichtung von einer, wenn gleich willkürlichen, Handlung des Verpflichteten abhängig gemacht werden, sofern die Parteiabsicht dahin ging, daß die Gebundenheit auch dann eintreten soll, wenn die betreffende Handlung ohne den Verpflichtungswillen aus anderen Gründen (selbständiges Motiv. Vergl. oben S. 276. Anm. 2) vorgenommen wird.

V. Wenn der Pächter die inducenda und inferenda verpfändet, kann das Pfandrecht nicht sofort entstehen, weil das Pfandobject noch nicht bestimmt ist und erst durch die Induction von Seiten des Verpfänders bestimmt werden soll. Wir haben also nur eine vorläufige, bezüglich des Objectes noch unvollständige Verpfändungserklärung, welche erst durch die Induction vollendet wird. Das Pfandrecht entsteht also erst durch den Inductionsact die Vollendung des Verpfändungsgeschäftes. Hat daher inzwischen

der Pächter die betreffenden Sachen einem Andern verpfändet, so geht dessen Pfandrecht vor.

L. 11. § 2. D. qui potiores (20. 4). Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est.

Nicht nur durch den materiellen Inhalt, sondern auch durch die Ausdrucksweise deutet die Stelle darauf hin, daß die frühere Pfandconvention nur ein unvollendetes Geschäft war, das erst durch die Induction abgeschlossen wird. „Non ex conventione priori obligatur sed ex eo quod inducta res est.“

VI. In der Zeit der früheren classischen Juristen hat wahrscheinlich auch die Verpfändung an den Nachhypothekar hierher gehört, da damals, wie wir aus der bekannten Africanischen L 9. § 3. D. qui potiores (20. 4) mit einiger Wahrscheinlichkeit schließen, das zweite Pfandrecht erst beim Wegfall des ersten und unter der Voraussetzung, daß sich dann die Sache noch in bonis des Verpfänders befand, zur Entstehung kam.

VII. Ein folgendes Beispiel unvollendeter Geschäfte gehört zwar dem öffentlichen Rechte an, darf aber gleichwohl nicht übergangen werden, weil es ganz besonders deutlich zeigt, wie die successive Entstehung des Geschäftes deshalb angenommen wird, um die Trennung von Geschäft und Wirkung zu beseitigen und dadurch die sonst unvermeidliche Nichtigkeit des Geschäftes abzuwenden.

Ein Proconsul mandirt, bevor er die Provinz betreten hat, seinem Legaten die Jurisdiction. Da die Jurisdictio des Magistrates selbst erst mit dem Betreten der Provinz beginnt, kann auch eine Uebertragung derselben mit sofortiger Wirkung nicht gedacht werden. Das Geschäft müßte also eigentlich wegen Unmög-

lichkeit sofortiger Wirkung nichtig sein. Wie aber kann es aufrecht erhalten werden? Man betrachtet die Uebertragung vor dem Betreten der Provinz als ein unvollendetes Geschäft, welches erst in dem Moment, wo die Provinz betreten wird, wo also die sofortige Wirkung möglich geworden ist, durch den fortdauernden Willen der Parteien stillschweigend abgeschlossen wird. Das ist der Gedankengang, den Ulpian mit höchster Einfachheit und Klarheit vorträgt, die Grundzüge der Simultanität und der successiven Entstehung der Geschäfte in wenigen Worten von einem römischen Juristen selber entwickelt.

L. 4. § 6. D. de officio proconsulis et legati (1. 16).

Ulp. l. 7. de off. Proconsulis. Post haec ingressus provinciam mandare jurisdictionem Legato suo debet, nec hoc ante facere quam fuerit provinciam ingressus. *Est enim perquam absurdum, antequam ipse jurisdictionem nanciscatur*, — nec enim prius ei competit, quam in eam provinciam venerit, — *alii eam mandare, quam non habet;* sed si ante fecerit et ingressus provinciam *in eadem voluntate* fuerit, credendum est, videri Legatum habere jurisdictionem non exinde, ex quo mandata est, sed ex quo provinciam Proconsul ingressus est.

VIII. Endlich sei schon hier kurz erwähnt, daß wahrscheinlich die bedingte und ebenso die befristete Tradition von den klassischen Juristen als unvollendetes Geschäft betrachtet worden ist, welches erst beim Eintritt der Bedingung oder Befristung durch den noch fortdauernden Willen der Parteien (also nicht bei Widerruf, Willensunfähigkeit oder Tod) vollendet wurde und den Eigenthumsübergang bewirkte.

IV. Die Trennung von Geschäft und Wirkung bei testamentarischen Verfügungen.

§. 31.

Das Princip der Simultanität von Geschäft und Wirkung, welches wir soeben mit seinen Folgen (Nichtigkeit, Pendenz der Rechte, unvollendete Geschäfte) kennen gelernt haben, konnte auf Testamente, welche gemäß ihrer Natur erst nach dem Tode des Testators wirken sollen, keine Anwendung finden. Gleichwohl könnte die Frage aufgeworfen werden, wie es erklärlich sei, daß ein das ältere Recht so mächtig beherrschender Gedanke wie der der Simultanität hier eine Ausnahme zulasse; aber, wie man leicht erkennt, ist die Frage im Grunde genommen falsch gestellt. Betrachtete wirklich das ältere Recht den Willen als Ursache der Rechtswirkung, hielt es daher eine zeitliche Verschiedenheit des Geschäftes und seiner Wirkung für unmöglich, so ist das wahre Räthsel, wie das Recht überhaupt dazu kommen konnte, die *Möglichkeit eines Testamentes anzuerkennen*, wie es den gewaltigen, so vielen andern Rechten völlig fremd gebliebenen Gedanken fassen konnte, daß im Testament der menschliche Wille gleichsam den Tod seines Trägers überdauert und nach dem Tode gestaltend in die Rechtsverhältnisse einzugreifen vermag. Die Erklärung ergiebt sich aus der bekannten allerdings strikt nicht zu erweisenden Hypothese, daß die Testamente ursprünglich Gesetze waren. Das Gesetz wirkt gerade im Gegensatz zum Rechtsgeschäft nicht nur in dem Moment, wo es erlassen wird, sondern es schwebt dauernd über den Rechtsverhältnissen und greift ein, sobald und so oft in der Zukunft die von ihm selbst bestimmten Voraussetzungen seiner Wirksamkeit eintreten. So hatte auch der im ältesten Testament zum Volkswillen erhobene Willen des Testators dauernde Natur, er reichte über seinen Tod hinaus und erzeugte rechtliche Wirkungen, sobald die vom Testator

aufgestellten und vom Volkswillen anerkannten Voraussetzungen dieser Wirkungen vorlagen.

Daß aber die Trennung des Errichtungsactes des Testamentes und seiner Wirkungen — einmal eingebürgert — sich auch auf die Testamente veränderter Natur, die nicht mehr Gesetze waren, übertrug, das ist selbstverständlich, wenn man bedenkt, daß die Rückkehr zur Simultanität mit einem Verbot aller Testamente gleichbedeutend gewesen wäre.

Doch mag man über die Erklärung auch anders denken, die Thatsache selbst, daß die Simultanität beim Testament wegfällt, wird keinenfalls erschüttert und würde weiterer Erörterungen schwerlich bedürfen, wenn nicht die entgegengesetzte Behauptung aufgestellt wäre. Köppen hält das Princip der Simultanität für völlig ausnahmslos und eine Abweichung von demselben für eine Unmöglichkeit, so gut wie die Trennung von Ursache und Wirkung in der Natur [1]). Allein die Consequenzen dieser Ansicht, deren logische Nothwendigkeit schon oben S. 159 widerlegt ist, zeigen ihre Irrigkeit für das Gebiet der Testamente.

1. Zunächst behauptet Köppen, das Testament sei bis zum Tode des Testators nur ein in der Bildung begriffenes noch unvollendetes Rechtsgeschäft (daselbst Note 5 und 28). Wäre dies richtig, existirte also das Testament nur durch den permanenten Willen des Testators (daselbst Seite 150) und würde es erst im Moment seines Todes durch diesen Willen abgeschlossen, so wären folgende Sätze unabweislich.

a. Die unitas actus, die doch gerade beim Testament in so scharfer Weise ausgeprägt ist, wäre ein reiner Schein, eine Selbsttäuschung der Römer; denn in der That dauerte ja der Errichtungsact vom Beginn des Testamentes bis zum Tode.

---

1) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Ihering's Jahrbücher. Bd. 11. S. 153. Note 28.

b. Das Testament müßte ungültig werden durch Wahnsinn des Testators oder Stellung unter cura prodigi. Um diesen Einwand zu entkräften, behauptet Köppen, es liege hier eine erst im Laufe der Zeit zugelassene Modification vor, das Testament bleibe, wie es scheine, erst nach prätorischem Recht gültig (S. 222). Allein die dafür angeführten Stellen L. 20. § 4. D. qui testamenta facere possunt (28. 1) und L. 1. § 9. D. de b. p. sec. tab. (37. 11) beweisen das gerade Gegentheil *„testamentum valebit“*, *„quia jure testamentum valet“*. Daß daneben die natürlich gleichfalls zulässige bonorum possessio erwähnt wird (testamentum valebit et bonorum possessio competit), kann gewiß nicht für Köppen beweisen, zumal in andern Stellen diese Erwähnung fehlt und nur schlechthin das Gültigbleiben des Testamentes ausgesprochen wird L. 18. pr. D. qui testam. facere possunt (28. 1) „valebit“ § 2. J. quibus non est permissum (2. 12) „ratum est“.

c. Das Testament müßte gleichfalls aufgehoben werden durch formlose Willensänderung des Testators; denn wenn der fortdauernde Wille dem Testamente seine Kraft giebt, so ist es natürlich kraftlos, sobald dieser Wille fehlt. Ein ausdrücklicher oder gar ein formeller Widerruf kann dann nicht nöthig sein. Ist der fortdauernde Wille ein Erforderniß der Vollendung des Testamentes, so wird durch das bloße Fehlen dieses Erfordernisses das Geschäft verhindert, genau so wie das Geschäft nichtig ist, wenn der Wille gleich zu Anfang fehlt. Der Satz Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est L. 35. D. de R. J. (50. 17) kann sich nur auf Willenserklärungen beziehen, die schon eine selbständige Existenz haben, Rechtsgeschäfte sind. So müßte es sich also verhalten, wenn Köppen's Theorie richtig wäre. In Wahrheit gelten aber bekanntlich gerade entgegengesetzte Regeln: Selbst durch einen in den Sollennitätsformen des Testamentes erklärten Widerruf kann das Testament nicht aufgehoben werden, sondern nur durch Errichtung eines neuen Testamentes (es ist hier

von der singulären justinianischen Neuerung L. 27. C. de test. (6. 23) abgesehen). Auch diesen Einwand hat Köppen durch die bloße Verweisung auf den favor der Testamente meines Erachtens nicht zu widerlegen vermocht.

2. Auch nach dem Tode des Testators zeigt sich das Gegentheil der Simultanität. Es ist nahezu unbestritten, daß der Eingesetzte vor der Delation, also z. B. vor dem Eintritt der Bedingung, ebenso, daß der Legatar vor dem dies cedens noch gar kein Recht erworben hat[1]), und im Verlauf dieser Abhandlung wird es im Einzelnen bewiesen werden. Köppen ist genöthigt, um die Simultanität zu wahren, in allen Fällen vom Tode an Zwischenstadien „in der Entwicklung begriffene Rechte, welche selbst schon Rechte sind", anzunehmen und somit eine Reihe höchst complicirter neuer Rechte, die er Hoffnungen nennt, zu statuiren.

Es wird sich im Verlauf unserer Abhandlung zeigen, daß wir dieser verschiedenen stufenweise übereinander geordneten Rechte nicht bedürfen, um alle Wirkungen der Erbeseinsetzung und des Vermächtnisses befriedigend zu erklären. Wie sehr dieselben im Interesse der Einfachheit des Rechtes zu bedauern wären und dem Bestreben der Römer mit möglichst einfachen Mitteln die Bedürfnisse des Rechtslebens zu befriedigen — dem von Jhering sogenannten Princip der juristischen Oeconomie — widersprechen würden, bedarf keines Beweises.

V. Zweifelhafte Fälle.

§. 32.

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, hat das Princip der Simultanität für negotia inter vivos noch im classischen und

1) Das Cautionsrecht läßt nicht auf ein zu Grunde liegendes Recht schließen, sondern wird auch in andern Fällen, wo nur die zukünftige Entstehung eines Rechtes möglich ist, gewährt.

ebenso im Justinianischen Recht einen breiten Boden der Geltung. Weit unsicherer ist die Beantwortung der Frage, ob in der Zeit der classischen, namentlich der späteren Juristen Abweichungen angenommen sind, eventuell wie weit dieselben reichen, und ob denselben ein gemeinsames Princip zu Grunde liegt. Solche Ausnahmen lassen sich in verschiedener Ausdehnung denken.

I. Das Geschäft besteht, obgleich die Wirkung noch aufgeschoben ist, doch als völlig festes, so daß seine Wirkung weder durch Widerruf, noch durch Willensunfähigkeit oder Tod einer der Parteien vereitelt wird und, sofern es sich um eine dingliche Wirkung handelt, die Sache auch dann ergreift, wenn sie mittlerweile in das Eigenthum eines Dritten gekommen ist. Hier würden wir es mit einer vollen Ausnahme von der Simultanität zu thun haben. Der Wille der Contrahenten würde hier (gleich wie beim Testament) sie überleben und nach ihrem Tode neue Wirkungen begründen können. Er würde auch wie beim Testameut (z. B. beim bedingten Vindicationslegat), die Sache, wenn sie nur zur Zeit der Verfügung (beim Testament auch beim Tode) dem Verfügenden gehörte, selbst aus dritter Hand herausnehmen und auf den, dem sie zugedacht war, übertragen. Denken wir uns, daß die bedingte Tradition in dieser Weise behandelt wäre, so würde sie, falls der Tradent nur im Augenblick der Tradition Eigenthümer war (ebenso wenn er es inzwischen wurde), im Moment der eintretenden Bedingung das Eigenthum auch dann übertragen, wenn der Tradent inzwischen widerrufen hätte, wahnsinnig geworden oder gestorben wäre, oder wenn er oder sein Erbe veräußert hätte.

II. Die Wirkung wird zwar durch Widerruf, Willensunfähigkeit oder Tod nicht verhindert, setzt aber, sofern sie eine dingliche ist, voraus, daß das betreffende Object noch im Moment der Wirksamkeit sich im Vermögen des Verfügenden oder seiner Erben befindet. Ein solches Verhältniß findet in den bisher erörterten Rechtserscheinungen keine Analogie, ist in hohem Maße künstlich

und führt zu unbefriedigenden practischen Resultaten. Beispielsweise würde bei dieser Behandlung, im Falle der bedingten Tradition der Tradent zwar nicht widerrufen können, auch seine Willensunfähigkeit, sein Tod wären einflußlos, gleichwohl könnte er durch Veräußerung an einen Andern (z. B. durch Legat) oder durch Verpfändung die bedingte Tradition wirkungslos oder werthlos machen und, was noch wichtiger ist, in der gleichen Lage würde sich (vor dem Eintritt der Bedingung) der Erbe befinden. Bei obligatorischen Geschäften fällt diese Inconsequenz fort; aber bei diesen ist überhaupt kein Unterschied zwischen I. und II., so daß wir für diese die Nr. II. überhaupt entbehren können.

III. Die Wirksamkeit des Geschäftes wird durch inzwischen erfolgte Willensänderung oder Willensunfähigkeit nicht gehindert, wohl aber durch Tod einer Partei oder Veräußerung des Objectes der Verfügung.

IV. Endlich ließe es sich denken, daß das Geschäft nur gegen Widerruf geschützt wäre, nicht gegen Willensunfähigkeit, Tod, Veräußerung.

Was von der Künstlichkeit und dem unbefriedigenden Resultate der unter II. statuirten Annahme gesagt ist, gilt mutandis mutatis auch von III. und IV. Wollte man gleichwohl zum Zweck leichterer Unterscheidung eine Construction versuchen, so scheint am einfachsten die folgende: In allen drei Fällen ist die Vollendung des Geschäftes (wie in den im § 30 erörterten Fällen) auf den Moment der Wirksamkeit des Geschäfts verschoben; denn wäre es ein vollendetes Geschäft, so müßte seine Wirkung in jeder Weise der Willkür der Parteien entzogen sein. Die vorhergehenden Parteierklärungen haben aber gleichwohl schon feste Existenz für die Contrahenten und deren Erben II. oder nur für die Contrahenten III. oder nur für die willensfähigen Contrahenten IV.

Die Quellen geben uns darüber, ob Fälle der Kategorien I.—IV. vorkommen, nur höchst unsichere Auskunft. Zwar werden

eine Anzahl von Geschäften als möglich, zulässig, gültig, erfolghabend (utilis) bezeichnet, in denen die sofortige Wirksamkeit aus irgend einem Grunde hinausgeschoben ist und noch von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängt. Allein aus der Zulassung eines Geschäftes geht jene sofortige bindende Kraft keineswegs mit Nothwendigkeit hervor. Wenn beispielsweise die Verpfändung zukünftiger Sachen zugelassen ist, so kann allerdings damit gesagt sein sollen, daß das Geschäft sofort bindend sei; es kann aber sehr wohl auch nur bedeuten, daß die Verpfändung einer zukünftigen Sache nicht (den Principien des alten Rechts gemäß) nichtig sei, sondern für genügend gehalten werde, um nach Entstehung und Erwerb der Sache ohne eine besondre Wiederholung des Verpfändungsactes, wenn die sonstigen Erfordernisse einer gültigen Verpfändung jetzt sämmtlich vorliegen, das Pfandrecht zu erzeugen. Mit anderen Worten die Zulassung der Verpfändung zukünftiger Sachen kann die Zulassung successiver Entstehung des Pfandvertrages (im Sinne des § 30) bedeuten. Sicherheit über eine Abweichung, welche unter eine der Annahmen I. — IV. zu subsumiren wäre, würde uns nur gegeben sein, wenn die Quellen in den betreffenden Fällen entweder die sofortige bindende Kraft erwähnten, oder ausdrücklich sagten, daß das Geschäft seine Wirkung auch dann hervorrufe, wenn inzwischen der Verfügende widerrufen habe, willensunfähig geworden oder gestorben oder der Dispositionsbefugniß über das Object verlustig gegangen sei. Weder das Eine noch das Andre ist aber irgendwo mit Sicherheit nachzuweisen. Vielmehr findet sich in der großen Mehrzahl der Fälle über diese Fragen überhaupt nichts, weder Positives noch Negatives; bei der bedingten Tradition dagegen stoßen wir auf eine Antinomie, indem der Eigenthumsübergang bei Eintritt der Bedingung, nachdem inzwischen der Tradent gestorben oder willensunfähig geworden ist, einmal behauptet, einmal geleugnet wird. Die Lehre von der bedingten Tradition wird später genauer erörtert

werden müssen. Vorläufig beschränke ich mich auf die übrigen Fälle.

1) Zunächst gehört hierher die Verpfändung einer fremden Sache, sofern dieselbe nicht als sofort wirksame, sondern für den Fall des Eigenthumserwerbes durch den Verpfänder gemeint ist. Dies ist anzunehmen

a. wenn ausdrücklich unter der Bedingung späteren Erwerbes verpfändet wurde;

b. wenn der Gläubiger eine ihm geschuldete Sache verpfändet;

c. wenn das (gegenwärtige und) zukünftige Vermögen verpfändet wird.

Ursprünglich war, den entwickelten allgemeinen Grundsätzen gemäß, in diesen Fällen, auch wenn der Verpfänder Eigenthümer wurde, die Entstehung des Pfandrechts ausgeschlossen, wie denn auch aus L. 15. § 1. D. de pign. (20. 1), L. 4. D. quae res pignori (20. 3), L. 5. C. si aliena res (8. 16) und anderen Stellen allgemein gefolgert wird, daß die Formel der actio hypothecaria direct verlangte, daß die Sache im Moment der Verpfändung in bonis des Verpfänders gewesen sei, allein schon zu Papinians Zeit war der Satz durchgedrungen (recepta est), daß nach erfolgtem Eigenthumserwerb des Verpfänders utilis actio gegeben wurde.

L. 16. § 7 D. de pign. (20. 1) Marcianus. *Aliena res utiliter potest obligari sub condicione si debitoris facta fuerit.*

L. 58. (56) D. ad S. C. Treb. (36. 1) Papinianus. Filiam fratribus certis rebus acceptis hereditatem restituere pater voluit; ante restitutam hereditatem in possessionem hereditatis filiam quoque mitti placuit. cum autem interea filii res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent, *hereditate postea restituta* constitit ex eo facto ceterarum quoque portionum venditiones, item *pignora confirmari.*

L. 1. pr. D. de pignoribus (20. 1) Papinianus. *Conventio generalis* in pignore dando bonorum *vel postea quaesitorum recepta est:* in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.

Daß in diesen Fällen das Pfandrecht erst im Moment des Erwerbes des Eigenthums durch den Verpfänder entsteht, ergiebt sich aus dem Satze „Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.“ Außerdem wird es in L. 58 ausdrücklich gesagt [1]). Ob aber inzwischen die Verpfändungen als unvollendete, nur durch den fortdauernden Willen der Contrahenten getragene Geschäfte zu betrachten sind, welche also durch Widerruf oder Willensunfähigkeit einer der Parteien vernichtet würden, oder ob wir es hier bereits mit bindenden, von dem Willen (namentlich des Verpfänders) unabhängigen Geschäften zu thun haben, sagen die Stellen nicht. Scheint die bestimmte Ausdrucksweise, in der die erste Stelle die Gültigkeit der Verpfändung betont, einige Wahrscheinlichkeit dafür zu erbringen, so erbringt die zweite, die nur von einer Confirmation der (ursprünglich nicht gültigen) Pfandbestellung redet, mindestens ebensoviel Wahrscheinlichkeit dagegen. Ein die letztere Annahme erheblich verstärkender Grund wird sich sofort ergeben.

2) Wenn Papinian in der oben citirten L. 58. D. ad S. C. Treb. (36. 1) sagt, daß wie die anticipirenden Verpfändungen, so auch die anticipirenden venditiones einer res debita durch den Erwerb der Sache confirmirt werden, so ist damit offenbar nicht das obligatorische Kaufgeschäft, welches ja ohnehin gültig ist, sondern das dingliche Veräußerungsgeschäft gemeint. Wir schließen

---

[1]) Vergl. auch Dernburg, Pfandrecht. I. § 29.

also, daß ähnlich wie die Verpfändung einer fremden Sache, so auch die Tradition einer fremden Sache, wenn sie in Erwartung des Erwerbes derselben durch den Tradenten geschehen ist, sobald dieser Erwerb erfolgt, den Uebergang des Eigenthums auf den Empfänger zur Folge hat.

Hier aber wird die Annahme, daß inzwischen nur ein unvollendetes Geschäft besteht, sehr wahrscheinlich gemacht durch die L. 11. § 9. D. de don. i. v. et ux. (24. 1) von Ulpian.

Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit.

Auch wenn die Frau eine ihr *„mortis causa"* vom Manne geschenkte Sache tradirt hatte, war unzweifelhaft anzunehmen, daß diese Tradition in Rücksicht auf den späteren Erwerb der Sache seitens der Tradentin erfolgt sei. Erklärt nun Ulpian gleichwohl die Tradition für unwirksam, so läge ein Widerspruch mit Papinian vor, wenn wir in L. 58. cit. ein sofort bindendes Geschäft erblicken wollten. Bei der Annahme eines unvollendeten Geschäftes dagegen ist auch Ulpians Ausspruch gerechtfertigt. Mit der Unwirksamkeit der anticipirenden Tradition steht es nicht im Widerspruch, daß nach eingetretenem Erwerb der Sache durch den Tradenten bei Fortdauer aller übrigen Voraussetzungen in Rücksicht auf die früheren (als solche unwirksamen) Traditionserklärungen eine stillschweigend abgeschlossene Tradition angenommen wird. Sind diese Erwägungen richtig, so gestatten sie selbstverständlich auch einen Rückschluß auf die gleiche Behandlung der in L. 58. cit. mit der Veräußerung zusammengestellten Verpfändung einer erst zu erwerbenden Sache.

3) Die Verpfändung noch nicht existirender erst in Zukunft entstehender Sachen schließt sich dem vorigen Falle unmittelbar an.

L. 15. pr. D. de pignoribus (20. 1) Gajus. Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut

fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum simulatque[1]) nascuntur sint hypothecae obligata: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit[2]) sive is qui usumfructum habet, sicut Julianus scribit.

L. 11. § 3. D. qui potiores (20. 4). Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

Die Interpretation dieser Stellen ist bestritten:

Nach Göppert[3]) sollen die Stellen besagen, daß der Eigenthümer an den sich bereits entwickelnden Erzeugnissen ein Pfandrecht mit der Wirkung begründen könne, daß es im Augenblick der Separation ohne Weiteres und selbst dann zur Existenz kommt, wenn in der Zwischenzeit das Eigenthum der Hauptsache in die Hand eines Andern gelangt sein sollte. Es soll hier sofort eine dingliche Gebundenheit der Muttersache entstehen, mit der behaftet sie in die Hand des Erwerbers übergeht. Göppert beruft sich dafür namentlich auf das Wort pendentes in L. 15. pr. und auf das Erforderniß des in bonis habere im Moment der Verpfändung.

Mir scheint indeß zunächst die Beschränkung auf die bereits in der Entwicklung begriffenen Früchte geradezu ausgeschlossen; denn beide Stellen erwähnen die Früchte und den partus ancillae nur

---

1) Emendation Mommsen's. Die Handschriften haben statt simulatque „et ea quae."

2) Nach convenerit haben die Handschriften das nach Mommsen zu streichende unächte Glossem „aut de usufructu aut de his quae nascuntur."

3) Organische Erzeugnisse S. 234 ff.; vergl. auch Karlowa, Rechtsgeschäft S. 40 ff.

als Beispiele einer res futura. „Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt etc.“ „Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu etc.“

Zu diesen „res futurae“ oder „quae nondum sunt, futura tamen sunt“ gehören alle Früchte, nicht nur die schon in der Entwicklung begriffenen, und wenn in L. 15. pr. von fructus pendentes die Rede ist, so soll damit offenbar nur gesagt sein, daß es sich um solche Früchte handele, welche juristisch „nondum sunt“ d. h. um noch nicht separirte Früchte [1]).

---

1) Zur Unterstützung dieser Interpretation ist noch auf folgendes hinzuweisen:

1) Wäre „pendentes“ in dem von Göppert angenommenen Sinne gebraucht, so hätte ein ähnliches Wort beim partus ancillae und fetus pecorum schon in L. 15. pr. nicht fehlen dürfen, noch weniger aber in L. 10. § 3, der wir geradezu den Vorwurf machen müßten, daß die wesentlichste Voraussetzung der Gültigkeit der Verpfändung nicht einmal angedeutet wäre.

2) Auch die Frage nach dem Eigenthum oder Niesbrauch des Verpfänders im Moment der Verpfändung macht keine besondere Schwierigkeit. Eine anticipirende Verpfändung ist überhaupt nur dann angenommen, wenn sie in der Erwartung oder Hoffnung späteren Erwerbes der Sache durch den Verpfänder erfolgt. Dies trifft in allen 4 in den Quellen besprochenen Fällen einer solchen (vgl. Dernburg, Pfandrecht. I. S. 241) zu, nämlich a. wenn unter der Bedingung späteren Erwerbes verpfändet wird; b. bei der Verpfändung einer res debita; c. bei der Verpfändung des jetzigen und künftigen Vermögens (Generalverpfändung) in Bezug auf den späteren Erwerb; d. wenn ein Eigenthümer oder Nießbraucher künftige Früchte oder den partus ancillae verpfändet — nicht aber, wenn eine solche Verpfändung von einem beliebigen Dritten vorgenommen wird. Ich sehe also in der Erwähnung des Eigenthums und Nießbrauchs im Moment der Verpfändung nur folgenden Gedanken. Die Verpfändung der Früchte einer Sache erscheint nur dann in Rücksicht auf deren späteren Erwerb durch den Verpfänder erfolgt, wenn dieser Erwerb erwartet oder erhofft wurde, also wenn der Eigenthümer oder Nießbraucher oder — füge ich in unbedenklicher Analogie hinzu — der Pächter verpfändete. Hat ein beliebiger Dritter verpfändet, so ist so wenig eine anticipirende Verpfändung für den Fall seines späteren Erwerbes anzunehmen, als wenn ein beliebiger Dritter eine fremde Sache verpfändet. In beiden Fällen müssen wir also die Verpfändung für nicht gültig

Beziehen wie hiernach unsre Stellen auf alle, nicht nur die bereits wachsenden Früchte, und auf jeden, nicht nur einen bereits concipirten partus, behandeln wir m. a. W. die Verpfändung des partus und fructus, gerade wie es die Quellen thun, einfach als Verpfändung einer res futura, so ist auch jeder Zweifel ausgeschlossen, daß dieselbe nur gültig ist, wenn der partus oder fructus (durch Separation oder Perception) in das Eigenthum des Verpfänders fällt [1]), und daß diese nach dem Satze „nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet“ ganz selbstverständliche Voraussetzung in den beiden citirten Stellen nicht erwähnt ist, kann uns um so weniger wundern, da dieselben das Eigenthum oder den Nießbrauch der Muttersache im Moment der Verpfändung voraussetzen und keine Veranlassnng zu der Annahme gewähren, daß dem Juristen ein Verlust dieser Rechte vor der Entstehung der Früchte vorgeschwebt habe.

Ob aber die Verpfändung der res futura bis zu ihrer Entstehung ein unvollendetes oder bereits ein bindendes Geschäft sei, das wird in keiner der Stellen gesagt oder angedeutet. In Consequenz unserer bisherigen Untersuchungen haben wir daher das Erstere als wahrscheinlicher zu betrachten.

4) Ein Ehegatte kann dem andern sepulturae causa ein Grundstück und manumissionis causa einen Sclaven schenken. Die Schenkung und die Tradition wird aber erst wirksam, wenn der Beschenkte in dem Grundstück einen Todten beerdigt bezw. den Sclaven freiläßt, so daß in demselben Augenblick der Beschenkte das Eigenthum erwirbt und verliert, also nicht als bereichert erscheint.

---

erklären, und an der Aufstellung dieser Regel kann natürlich nicht hindern, daß im einen wie im anderen Falle eine Convalescenz der Verpfändung möglich bleibt.

[1]) Dies ist denn auch die herrschende Meinung.

L. 5. § 8—11. D. de donat. i. vir. et ux. (24. 1).

L. 7. § 8 u. 9. D. eodem.

Auch hier fehlt jede Andeutung, ob das Geschäft als unvollendetes oder vom Beginn an bindendes behandelt sei. Auch hier gilt also das am Schlusse der vorigen Nummer Gesagte.

5) Ein Sclav, welcher unter der Bedingung, daß er Jemandem 10 gebe, testamentarisch freigelassen ist, kann auch wider Willen des Erben zu diesem Zwecke veräußern, aber nur falls dadurch die Bedingung wirklich erfüllt und also die Freiheit herbeigeführt wird. Giebt er also nur 5, so geht kein Eigenthum über, der Erbe kann die 5 vindiciren. Wenn der Sclav aber auch die übrigen 5 zahlt, so geht nun in demselben Augenblick das Eigenthum auch der erstgezahlten 5 auf den Empfänger über und zwar ohne Rückziehung.

L. 3. § 5. D. de statuliberis (40. 7). Si decem jussus dare et liber esse quinque det, non pervenit ad libertatem. nisi totum det: interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest. sed si residuum fuerit solutum, tunc etiam id alienatur, cujus ante dominium non erat translatum, itaque pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen ut non retro nummi fiant accipientis.

Auch hier ist über die uns interessirende Frage direct nichts gesagt, doch scheint mir die Ausdrucksweise, namentlich wenn wir mit Mommsen alienatur (Handschr. alienatum) lesen, auf ein unvollendetes Geschäft hinzuweisen, da in der Veräußerung der zweiten 5 der unzweifelhaften Intention der Parteien gemäß auch eine Veräußerung der ersten 5 gefunden wird.

6) Sodann könnte man geneigt sein, die L. 20. § 1. D. de cond. inst. (28. 7) hierher zu rechnen:

Labeo. Si quis hereditarium servum jussus est manumittere et heres esse, quamvis, si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit: verum est enim eum manumisisse: sed post

aditionem *libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit.*

Allein es ist auf den ersten Blick klar, daß es sich hier lediglich um eine favore libertatis geschaffene Singularität handelt. Schlagend zeigt dies die Berufung auf den Willen des Testators. Die anticipirende Manumission des Erben als solche schien Labeo nicht als genügend.

7) Endlich sei ein Fall erwähnt, der Bedenken erregen könnte, der aber wahrscheinlich nicht hierher gehört.

Die Veräußerung des fundus dotalis wird, obgleich regelmäßig nichtig, doch dann vollgültig, wenn der Mann beim Tode der Frau die dos lucrirt L. 42. D. de usurp. (41. 3).

An ein unvollendetes Geschäft, welches erst in diesem Moment abgeschlossen würde und also den fortdauernden Willen des Mannes, wie des Empfängers und ebenso die anderen Voraussetzungen der Tradition noch beim Tode der Frau erforderte, ist hier gewiß nicht zu denken; aber hier ist es wahrscheinlich, daß sog. Rückwirkung stattfindet, welche nicht allein dem Princip der Simultanität entsprechen, sondern auch zu practisch durchaus gerechtfertigten Consequenzen führen würde.

Wenn auch in den in diesem §. besprochenen Fällen in Folge des dürftigen Quellenmaterials, so lange man dieselben einzeln betrachtet, Manches zweifelhaft bleibt, so wird doch das Resultat unserer Untersuchung im Ganzen nicht erschüttert. Wie wir gesehen haben, ließ sich nämlich nicht ein einziger Fall nachweisen, in welchem unter Durchbrechung des Princips der Simultanität im neueren Recht Trennung von Geschäft und Wirkung angenommen wäre. Im Gegentheil deuteten in dreien der fraglichen Fälle (1, 2, 5) theils die Ausdrucksweise, theils andere Momente auf die Annahme unvollendeter Geschäfte hin; in einem (6) haben wir es mit einer reinen Singularität zu thun, bei welcher die Berufung auf den

(sonst ganz unnöthigen) favor libertatis das Gesetz der Simultanität nicht widerlegt, sondern umgekehrt bezeugt; in einem Falle (7) liegt wahrscheinlich ein Pendenzverhältniß vor und die beiden noch übrigen (3, 4) sind wir, da der Inhalt der Quellenstellen der Annahme unvollendeter Geschäfte in keiner Weise widerspricht, berechtigt als solche aufzufassen, da sie auf diese Weise mit den durch unsere gesammte Untersuchung bestätigten Grundsätzen harmoniren.

Wollte man indessen selbst in dieser Beziehung sich anders entscheiden und hier oder da eine wirkliche Abweichung von dem Princip der Simultanität annehmen, so würde dennoch bei der geringen Zahl und der Natur dieser Fälle darauf niemals die Annahme gegründet werden können, daß das genannte Princip überhaupt weggefallen sei. Jedenfalls sind wir also berechtigt, das genannte Princip bei der Besprechung der Wirkungen bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte zu Grunde zu legen.

Das Princip der Simultanität, entsprungen aus der Auffassung, daß der Wille die Rechtswirkung unmittelbar schafft und also auch nur im Moment seines Vorhandenseins schaffen kann, findet keine Anwendung, wo diese Grundanschauung fehlt. Das römische Recht kennt nun eine Reihe von Rechtsgeschäften, welche zwar nicht ohne den Willen der Parteien zu Stande kommen; aber doch auch nicht durch den Willen allein; sondern deren Rechtswirkung außerdem, ja sogar vorzugsweise, als Folge eines realen Vorganges erscheint. So erfordert die Zahlung beispielsweise von Geldschulden den Eigenthumsübergang der geschuldeten Geldsumme, das Darlehen den Eigenthumsübergang der Fungibilien, die Novation der alten Schuld die Entstehung der neuen u. s. w., und die römischen Juristen betrachten dieses reale Erforderniß des Geschäftes nicht etwa nur als condicio juris, bei deren Eintritt der Wille (als causa efficiens) die Wirkung hervorrufe, ihnen erscheint vielmehr das reale Element so sehr als die Hauptsache, daß sie sogar glauben vor

der Auffassung, als wenn es das einzige sei, warnen zu müssen[1]. Geschäfte der genannten Art werde ich Realgeschäfte nennen. Ihre Natur und namentlich das zeitliche Verhältniß ihres Abschlusses und ihrer Wirkung kann indeß in Rücksicht auf das Quellenmaterial nur im Zusammenhang mit der Erörterung der Wirkungen bedingter und befristeter Geschäfte besprochen werden.

---

[1]) Vergl. z. B. L. 3. § 1. D. de O. et A. (44. 7) L. 19. pr. D. de R. C. (12. 1).



